

LOS DERECHOS A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO, A NO DECLARARSE CULPABLE Y A GUARDAR SILENCIO EN PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN O SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA PREVIOS A UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR O PENAL*

THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION IN THE INSPECTION OR ADMINISTRATIVE SUPERVISION PROCEDURES PRIOR TO A SANCTIONING OR CRIMINAL PROCEEDINGS

Manuel Gómez Tomillo^{1,a,**}

¹ Área de Derecho penal. Departamento de Derecho penal e Historia y Teoría del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Plaza de la Universidad, s/n 47002 Valladolid, España

✉ ^amgtomillo@uva.es

Resumen

El trabajo analiza la problemática que presenta el ejercicio de compulsión para entregar información autoincriminatoria en procedimientos de inspección o supervisión administrativa. Plantea la tensión entre el deber de colaborar con la Administración y el derecho a no autoincriminarse. El quebrantamiento del primero determina responsabilidad penal o administrativa. La hipertrofia del segundo generaría una intolerable impunidad. Tras analizar el derecho en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y TEDH, se sostiene que la información obtenida con compulsión puede utilizarse en procedimientos que carezcan de carácter sancionador. Para limitar los indeseables efectos que se pueden derivar de la estricta aplicación del criterio, se exponen dos soluciones. En primer lugar, se entiende que el derecho tan sólo se extiende a la información inequívocamente autoincriminatoria, esto es, aquella que no requiera de una valoración compleja, por ejemplo a través de una pericia, o de la aportación de información complementaria. En segundo lugar, se propone prescindir en los procedimientos de inspección de la amenaza de sanción, asumiendo el mínimo riesgo de que se pueda incurrir en error de prohibición indirecto por parte del inspeccionado. El trabajo concluye con un examen de las especificidades que presentan las personas jurídicas.

Palabras clave: Inspección administrativa; información autoincriminatoria; deber de colaboración; derecho a no autoincriminarse; amenaza de sanción administrativa.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2020-17611 GB-I00/ AEI / 10.13039/501100011033), Agencia Estatal de Investigación, «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno», cuyos IP son Cristina Guilarte Martín-Calero y Javier García Medina.

** Catedrático de Derecho Penal. Letrado del Tribunal Constitucional.

Área de Derecho penal. Departamento de Derecho penal e Historia y Teoría del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Plaza de la Universidad, s/n 47002 Valladolid. Email: mgtomillo@uva.es



Abstract

The work analyzes the problems presented by the exercise of compulsion to deliver self-incriminating information in inspection procedures. In this context, there is a tension between the duty to collaborate with the Administration and the right not to incriminate oneself. The breach of the first determines responsibility that can be criminal or administrative. The hypertrophy of the second would generate intolerable impunity. After analyzing the law in the jurisprudence of the Constitutional Court and the ECHR, it is argued that the information obtained with compulsion can only be used in procedures that do not have a sanctioning nature. To limit the undesirable effects that can be derived from the strict application of the criterion, two solutions are presented. In the first place, it is understood that the right only extends to unequivocally self-incriminating information, that is, that which does not require a complex assessment, for example through an expertise, or the provision of complementary information. Second, it is proposed to dispense within the inspection procedures of the threat of sanction, assuming the minimum risk that an indirect prohibition error may be incurred by the inspected party. The work concludes with an examination of the specificities that legal persons present.

Keywords: Administrative inspection; self-incriminating information; duty of collaboration; privilege against self-incrimination; threat of administrative sanction.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL¹

Como es conocido, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable se encuentran contenidos en el artículo 24.2 CE². Ambos, afirma el Tribunal Constitucional español, se encuentran “íntimamente conectados” (por todas, STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6). Tanto uno como otro se conciben por el Alto Tribunal como garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, “al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (SSTC 36/1983, FJ 2; 127/1992, FJ 2º; 197/1995 de 21 de diciembre FJ 6 o, entre las últimas, 23/2014 de 13 de febrero, FJ 4, 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4)³. En definitiva, ambos son manifestación del derecho a no

¹ Vid., por muchos, AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E.: “El contenido del derecho a no autoincriminarse: en especial divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos en memoria de César Albiñana García-Quintana*, 2008, vol. 2; ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, 2007, pp. 190 y ss., autora esta última que, estimo con mucha razón, sostiene la traslación de tales derechos de forma inmatizada al procedimiento administrativo sancionador (id., especialmente, pp. 184-190; “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo. En particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia”, *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, 2022, pro manuscrito, II, 2, b). Vid., en cuanto a esto último, no obstante, la STC 142/2009 de 15 de junio, FJ 4, conforme a la cual “hemos reconocido que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes ente el orden penal y el administrativo sancionador, precisando que “los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido” (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7; en el mismo sentido, más recientemente, SSTC 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 3; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4; 32/2009, de 9 de febrero, FJ 4)”.

² La Constitución española garantiza en su art. 24.2 el derecho “a no declarar contra sí mismo” y “a no confesarse culpable”, como así hace también, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 1966, el cual, al recoger las “garantías mínimas” de las personas acusadas de un delito, en su art. 14.3 cita entre ellas el derecho “[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” [letra g)]. Como es conocido, tal derecho no viene consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Sin embargo, y como tendremos ocasión de ver en el texto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el “derecho a un proceso equitativo” a que hace referencia el art. 6.1 CEDH (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O’Halloran y Francis c. Reino Unido, etc.). En general, en cuanto a la situación en Latinoamérica y en particular en la jurisprudencia de la CIDH, vid. RODRÍGUEZ OLIVEIRA, Víctor GABRIEL y GOMES, Ana Cristina (2022), “La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España”, en *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, 188, Fevereiro de 2022, 5.3 y 5.4.

³ Puede ser ilustrativa la STEDH Ibrahim and others v. The United Kingdom, 13 de septiembre de 2016, § 267: “It is important to recognise that the privilege against self-incrimination does not protect against the making of an incriminating statement per se but, as noted above, against the obtaining of evidence by coercion or oppression. It is the existence of compulsion that gives rise to concerns as to whether the privilege against self-incrimination has been respected. For this reason, the Court must first consider the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence (see Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, §§ 54-55, ECHR 2000-XII; O’Halloran and Francis, cited above, § 55; and Bykov, cited above, § 92). The Court, through its case-law, has identified at least three kinds of situations which give rise to concerns as to improper compulsion in breach of Article 6. The first is where a suspect is obliged to testify under threat of sanctions and either testifies in consequence (see, for example, Saunders, cited above; and Brusco v. France, no. 1466/07, 14 October 2010) or is sanctioned for refusing to testify (see, for example, Heaney and McGuinness, cited above; and Weh v. Austria, no. 38544/97, 8 April 2004). The second is where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to

contribuir a la propia incriminación (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11 y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 2). Para el Tribunal Constitucional “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación” (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 68/2006 de 13 de marzo, FJ 2)⁴. Incluso las declaraciones exculpatorias pueden estar cubiertas por los citados derechos⁵.

Los dos derechos, a su vez, conceptualmente se diferencian del derecho a guardar silencio⁶ (si bien todos ellos, se suele decir, son expresión de principio *nemo tenetur se ipsum accusare*). Así, afirma el Tribunal Constitucional que “el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH Saunders, de 8 de febrero de 1996, § 68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable” (STC 127/2000 de 16 de

obtain real evidence or statements (see, for example, Jalloh, Magee and Gäfgen, all cited above). The third is where the authorities use subterfuge to elicit information that they were unable to obtain during questioning (see Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, ECHR 2002-IX”).

⁴ Esa conexión con la presunción de inocencia es destacada por el TEDH (ver sentencias Saunders contra Reino Unido de 17 diciembre 1996, § 68; Servs contra Francia de 20 octubre 1997, § 46; Heany y McGuinness contra Irlanda 21 de diciembre de 2000, § 40, etc.; Weh contra Austria, Sentencia de 8 abril 2004, § 39, etc.). Como es conocido, “The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)” (por todas, Saunders, § 68).

⁵ Así, en la STEDH, caso Saunders, § 71, se lee: “In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial”.

⁶ Incluso pueden diferenciarse conceptualmente de un, en ocasiones, cuestionado derecho a mentir, sobre el que es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuyos detalles no podemos insistir. Así, por todas, en la STC 170/2006 de 5 de junio se dice (FJ 2): “el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar, STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (STC 29/1995)” (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, y 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1)”. No obstante, en la STC 142/2009 de 15 de junio, FJ 6, se dice que “no puede concluirse —como hacen los recurrentes— que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones verdidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como conraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5)”. Sobre el particular, con crítica a la imposibilidad de que el acusado que miente no pueda ser condenado por delito contra la Administración de justicia, vid., por todos, BANACLOCHE PALAO, J.: “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público* 10, 2000, pp. 1997 y ss.; en Alemania, también se ha sostenido que no existe un derecho a mentir; al respecto, vid. ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band II, 4 Auf., 2010, vor § 133 ss., 72.

mayo, FJ 4)⁷. Tal derecho incluye la posibilidad de callar total o parcialmente (SSTC 142/2006 de 8 de mayo, FJ 3; 111/2011 de 4 de julio, FJ 6, entre otras) y es compatible con la valoración que de dicho silencio haga la autoridad de enjuiciamiento, siempre que no se base la condena exclusivamente en él⁸.

Desde nuestra perspectiva, conviene poner de manifiesto ya en este momento que la autoincriminación no solo consiste en verbalizar la propia intervención en hechos punibles (administrativa o penalmente). De actos distintos a la expresión verbal puede desprenderse esa intervención⁹. No es coherente que el derecho fundamental otorgue protección frente a lo uno y no lo haga frente a lo otro, cuando resulta patente la proximidad, analogía o paralelismo entre ambas situaciones¹⁰. Por lo tanto, quien aporta documentos de los que inequívocamente

⁷ De igual manera, apenas es preciso recordar que conforme a la doctrina del TEDH que recoge el Tribunal Constitucional español, el derecho a no autoincriminarse “presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada'. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmundades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6 (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso *Serves c. Francia*, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso *Quinn c. Irlanda*, § 40; de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39)” (vid STC 54/2015 de 16 de marzo, FJ 7).

⁸ Vid., por ejemplo, STEDH, caso *John Murray* contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, 47: “...es manifiestamente incompatible con las prohibiciones de las que se trata basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio del acusado o sobre su negativa a responder a las cuestiones o a declarar. Por otro, es también evidente para el Tribunal que esas prohibiciones no pueden y no deberían impedir tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requieren seguramente una explicación por su parte, para apreciar la fuerza de persuasión de los elementos de cargo”. En el mismo sentido, la STEDH, caso *Shannon c. Reino Unido* de 4 de octubre de 2005, parágrafo 4: “Por otro lado, el Tribunal admite que el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse no son absolutos. Puede igualmente ser legítimo extraer conclusiones de la elección de un acusado de guardar silencio (*Heaney y McGuinness* [TEDH 2000, 685], ap. 47, con una referencia a la Sentencia *John Murray* [TEDH 1996, 7], citada, pg. 49, ap. 47)”. También el Tribunal Constitucional español mantiene una línea constante en virtud de la cual no cabe condenar sobre la base exclusiva de dicho silencio, lo cual es compatible con valorarlo; así, por ejemplo, en la STC 9/2011 de 28 de febrero, FJ 5: “...según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso *Murray* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación” (STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 3). Y en el mismo sentido es de recordar la STC 26/2010, de 27 de abril”. En general, sobre la cuestión, vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse*, Madrid, 2015, pp. 148 y ss.

⁹ Así parece desprenderse tácitamente de la STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4, donde el Tribunal distinguió “entre la aportación coactiva de *información* incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por este derecho”. Vid., asimismo, STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19, cuestión prejudicial sobre la interpretación y la validez del artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (DO 2003, L 96, p. 16), y del artículo 30, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6 y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión (DO 2014, L 173, p. 1), en el contexto de un litigio entre DB y la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Italia) en relación con la legalidad de las sanciones impuestas a DB por infracciones por uso de información privilegiada y falta de cooperación en el marco de una investigación llevada a cabo por la Consob: «40 El derecho a guardar silencio no puede limitarse razonablemente a la confesión de actos ilícitos o a las observaciones que inculpen directamente al interesado, sino que abarca también información sobre cuestiones de hecho que puedan utilizarse posteriormente en apoyo de la acusación y afectar así a la condena o sanción impuesta a dicha persona (véase, en este sentido, TEDH, sentencias de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, § 71, y de 19 de marzo de 2015, *Corbet y otros c. Francia*, CE:ECHR:2015:0319JUD000749411, § 34)». Igual conclusión parece desprenderse de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio cuyo considerando 27 se refiere a que el «derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo implican que las autoridades competentes no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si estos no desean hacerlo».

se desprende la realización por el mismo sujeto de un hecho punible (lo que resulta ser perfectamente paralelo a quien verbaliza que ha cometido un delito) debe poder confiar en que el Estado no va a utilizar esa información como medio de prueba en un procedimiento punitivo. Y esa confianza, entendemos, se encuentra constitucionalmente protegida, si bien no de forma irrestricta.

Pese a lo expuesto, otro criterio parece desprenderse, entre otros, del ATC 39/2003 de 10 de febrero, en un caso en el que el recurrente consideraba que el derecho que nos ocupa le exoneraba de declarar a la hacienda pública lo obtenido como consecuencia de su actividad ilícita. En el FJ 8, el Tribunal dice que “la obligación tributaria de declaración veraz sobre las rentas percibidas no supone compeler a realizar una manifestación de voluntad cuyo contenido admita directamente la culpabilidad por ningún hecho ilícito. Por tanto, al no haberse acreditado por el recurrente que en el marco del concreto proceso penal que da lugar a esta demanda de amparo haya sido de alguna manera compelido a emitir una declaración de voluntad directamente inculpativa, la vulneración aducida carece manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal, lo que es determinante de su inadmisión”¹¹.

Entendemos, no obstante, que, pese a que la citada resolución parece entender que el derecho a no autoincriminarse requiere de una “manifestación de voluntad”, es más que cuestionable que ello sea así. Sí que se requiere una “manifestación” (entendida como exteriorización de información que permanece oculta en la psique del sujeto, en nuestro caso relativa a una conducta delictiva), pero no una manifestación “de voluntad” (entendida como expresión de lo que quiere el sujeto).

Sea como fuere, nos encontramos, por un lado, con la afirmación aquí mantenida conforme a la cual, la autoincriminación no solo consiste en verbalizar la propia intervención en hechos punibles, sino que puede consistir, por ejemplo, en la aportación de documentos inequívocamente inculpativos. Por otro, con que existe un deber de colaborar con la Administración, que incluye el deber de aportar documentos requeridos (como veremos a continuación), documentos que pueden tener un contenido autoincriminatorio, so pena de incurrir en responsabilidad, penal o administrativa. Para superar la aparente antinomia, en este trabajo defenderemos tres ideas esenciales. Por una parte, cabe usarse la información obtenida con compulsión en procedimientos extrapunitivos. Por otra, en procedimientos sancionadores cabe utilizar la información obtenida con compulsión, cuando no tuviese un carácter inequívocamente inculpativo¹². En tercer lugar, no es operativo el derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio en los casos en los que no haya amenaza de sanción expresa.

Cada uno de tales criterios será objeto de análisis a continuación.

¹⁰ Así también, AGUALLO AVILÉS, A.; GARCÍA BERRO, F.: “El deber de colaborar con la administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse. Un análisis crítico de la cuestión a la vista de la jurisprudencia europea y norteamericana”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 1, 2001, 252, para quienes carece de importancia el medio verbal o documental empleado para aportar la documentación; GALBE TRAVER, G.: “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales”, *La Ley* 4156/2020, p. 6.

¹¹ En sentido semejante al anterior, en el ATC 40/2003 de 10 de febrero, FJ 6.

¹² Utilizaremos la expresión “compulsión”, entendida como presión o constrictión, de cualquier índole, esencialmente amenaza de sanción o la efectiva causación de un mal; preferimos dicha expresión frente a la frecuente “coacción”, en la medida en que esta última posee un contenido técnico-penal muy preciso, desarrollado al hilo del art. 172 CP.

2. EL DEBER DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN FACILITANDO DOCUMENTACIÓN O INFORMACIÓN EN PROCEDIMIENTOS NO PUNITIVOS Y EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y A GUARDAR SILENCIO¹³

2.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y posturas discrepantes

El Tribunal Constitucional español viene sosteniendo que la obligación de aportación o exhibición de documentos pertinentes requeridos por la Administración no supone una manifestación de voluntad, ni una emisión de una declaración que exteriorice un contenido admitiendo la culpabilidad. A tal conclusión se llegó ya en la STC 110/1984 de 26 de noviembre, FJ 2, en la que se indicaba, ciertamente de modo poco sólido, que tan sólo se obligaba a “aportar datos que puedan ayudar en la investigación”, lo que no podía equipararse a declarar contra sí mismo.

Posteriormente, en el ATC 642/1986 de 23 de julio, FJ 2, se afirmó que no puede haber duda de “que la Administración está habilitada también desde el plano constitucional para exigir determinados datos relativos a la situación económica del contribuyente” y que esta exigencia es predicable “de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto recaiga en ellos la cualidad de sujetos pasivos del impuesto” y no sólo de terceros, como son las Entidades intermediarias en el área económica y las crediticias.

De igual forma, en la STC 76/1990 de 26 de abril, se analizó la constitucionalidad del art. 83.3 f) de la LGT, relativo a la sanción de la omisión del deber de colaboración tributaria por falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición¹⁴. Específicamente en su FJ 10, se afirmó la compatibilidad de la norma con el derecho a no autoincriminarse, afirmando que “del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica verbi gratia, el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad” (adicionalmente, vid. ATC 40/2003 de 10 de febrero, FJ 6).

Entiendo, por lo tanto, que, frente a lo afirmado por un sector de la doctrina, no puede sostenerse que, cuando específicamente de las obligaciones tributarias se trata, estemos ante un conflicto de bienes constitucionales: por un lado, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el art. 31.1 CE; por otro, el derecho a no declarar garantizado en el art. 24.2 CE¹⁵. Precisamente lo que dice el Tribunal Constitucional es que no

¹³ Una relación de autores que sostienen que los deberes de colaborar y el derecho a no autoincriminarse son incompatibles puede verse, por ejemplo, en ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales...*, cit., p. 212, n. 79; de la misma autora, “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, en *Función inspectora*, INAP y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, Díez Sánchez, J. J. (Coord.), 2013, p. 202, n. 11.

¹⁴ Concretamente el viejo artículo 83.3 f) de la LGT, según la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 10/1985. Dicha norma preveía una sanción de multa por “la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición”.

¹⁵ Ampliamente, vid., por todos, AGUALLO AVILÉS, A.; GARCÍA BERRO, F.: “El deber de colaborar con la administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse...”, cit., 233, quienes proporcionan abundante información bibliográfica y expresión de quienes defienden que debe primar uno u otro bien constitucional; AGUALLO AVILÉS, A.: “Aproximación

está comprometido este último, con lo que malamente puede haber dicho conflicto. En cualquier caso, no sería asumible un planteamiento que primase un interés colectivo (el deber de contribuir) sobre un derecho fundamental que dimana, en el caso de las personas físicas, de su inalienable dignidad (el derecho a no autoincriminarse).

Ciertamente, el criterio expresado no es el único posible.

La cuestión se plantearía en términos diversos de haberse aceptado la tesis del voto particular a la STC 161/1997 de 2 de octubre (Ruiz Vadillo), conforme al cual el derecho a no autoacusarse debe ser entendido como el derecho “a no colaborar con la acusación en la localización y efectividad de las pruebas acusatorias”.

De igual forma, a conclusiones distintas de las aquí apuntadas se llega si se sigue el criterio de quienes distinguen entre la colaboración activa, que requeriría una acción positiva del sujeto, y una colaboración pasiva, limitada a un “dejar hacer”. Conforme a tal distinción, la negativa a colaborar, primer supuesto, sí que está cubierto por el derecho, mientras que en el segundo no¹⁶. Si ello es así, sin matizar, no habría obligación de aportar documentos, en la medida en que supone una acción positiva por parte del inspeccionado¹⁷.

Desde nuestra perspectiva, dichos puntos de vista pueden ser discutibles en el seno de procedimientos estrictamente punitivos, pero su aplicación en aquellos no provistos de tal carácter supone una visión hipertrofiada del derecho (en la medida en que se extiende más allá de su ámbito natural, cual es el procedimiento sancionatorio, penal o administrativo, para el que fue diseñado y donde tiene sentido) que deja desarmada a la Administración^{18,19}. Bastaría con la simple negativa a entregar documentación para que aquélla simplemente no

al contenido constitucional de los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse: una interpretación constitucional de las SSTC 110/1984 y 76/1990”, *Quincena Fiscal Aranzadi 21/2003*, especialmente n. 3

¹⁶ Vid. las abundantes referencias que proporcionan, por todos, AGUALLO AVILÉS, A.; GARCÍA BERRO, F.: “El deber de colaborar con la administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse...”, *cit.*, 250. En sentido próximo, aunque diferenciable la citada STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4, el Tribunal distinguió “entre la aportación coactiva de información incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por este derecho”.

¹⁷ Interesante, asimismo, juzgo la propuesta de Fernández Ramos. Conforme a este autor debe diferenciarse entre el requerimiento de exhibición de documentos de obligatoria tenencia y conservación, según la legislación vigente, de otros requerimientos de información; en el primer caso no jugaría el derecho; en el segundo sí (FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, 2002, pp. 310-320). Su propuesta, sin embargo, lleva a entender que estamos ante un derecho de configuración legal, de forma que se ampliará o reducirá según lo dispuesto en la Ley, hasta el punto de que cabe que una normativa que contemple un deber de tenencia y conservación muy amplio haga desaparecer tal derecho.

¹⁸ Vid. Saunders, § 67: “In this respect the Court recalls its judgment in *Fayed v. the United Kingdom* where it held that the functions performed by the inspectors under section 432 (2) of the Companies Act 1985 were essentially investigative in nature and that they did not adjudicate either in form or in substance. Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities - prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative (judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 47, para. 61). As stated in that case, a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6-1) would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities”. En la jurisprudencia del TJUE resulta nítida la STJUE de 29 de junio de 2006, C-01-/04 P, § 44: “De ello se deduce que, la empresa de que se trate, si la Comisión se lo solicita, debe facilitarle dichos documentos que tienen relación con el objeto de la investigación, aun cuando dichos documentos puedan ser utilizados por la Comisión para demostrar la existencia de una infracción”, si bien se reclama que se garantice el derecho de defensa (§ 49).

Puede ser ilustrativo que la Directiva UE 2016/343 del Parlamento y de Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (no aplicable en el procedimiento administrativo sancionador) dispone, art. 7.3: “El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados”; en general, sobre la directiva, por todos, vid. REBOLLO VARGAS, R.: “El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: análisis y pautas interpretativas

podiera hacer nada en el cumplimiento de fines constitucionalmente legítimos (salvo que tuviera ya la información en su poder, por ejemplo procedente de terceros, o se autorizase judicialmente la entrada en el domicilio del afectado, lo que por infracciones leves no podría ser por imperativo del principio de proporcionalidad). Asimismo, dichas posiciones se traducirían, por ejemplo, en impedir la eficacia probatoria del test de alcoholemia o de detección del consumo de droga o, incluso, en la inconstitucionalidad del delito de fuga²⁰ o la presión positiva (v.g., la delación premiada)²¹. Pese a que se ha calificado el procedimiento de comprobación, singularmente el tributario, como la “antesala” del procedimiento punitivo²², lo cierto es que no lo es (particularmente ilustrativo al respecto el art. 305.5 CP) y es allí donde tiene su aplicación natural el derecho que nos concierne²³.

sobre algunas cuestiones de la directiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016” en *Cuadernos de Política Criminal*, 128, II, septiembre 2019, pp. 177 y ss.
En el sentido del texto, PICÓN ARRANZ, A., “El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Estudios Europeos*, volumen 79, enero-junio (2022), p. 13.

¹⁹ Agravada por la jurisprudencia (STS de 22 de diciembre de 2021, Sala Tercera) realizada en interpretación del art. 95 LGT. Dicha norma establece el régimen jurídico de la cesión de los datos de la Administración Tributaria en los siguientes términos: «...Artículo 95. Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria. 1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto: a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada...k) La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados...». Dicha doctrina concluye: “...En consecuencia, hay que concluir que si una Administración, para el ejercicio de las funciones que le son propias, solicita de la Agencia Estatal de Administración Tributaria la cesión de datos tributarios, tal cesión será con fines tributarios. Ahora bien, si es para el ejercicio de otras potestades ajenas a las tributarias y no hay una norma legal que lo prevea, deberá contar con la previa autorización del interesado. Por tanto, el acto dictado en virtud de unos datos tributarios cedidos será conforme a Derecho si la cesión respeta las reglas del artículo 95.1 de la Ley General Tributaria”. Aun cuando dicha intelección seguramente sea razonable, finalmente, la Administración no podría utilizar para sancionar ni los datos proporcionados por la Administración tributaria, ni por el propio inspeccionado, lo que reduce enormemente su capacidad punitiva y, en consecuencia, de protección de bienes jurídicos. Sobre la cuestión, vid. PALOMAR OLMEDA, A., “Utilización de datos tributarios a efectos no administrativos no tributarios: la STS de 22 de diciembre de 2021 (1)”, *Diario La Ley*, Nº 10002, 3 de Febrero de 2022.

²⁰ Por todos, vid. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., “La reforma operada por LO 2/2019, de 1 de marzo, en materia de seguridad vial: una involuntaria protección penal de la indemnización civil”, en *Derecho penal 2020, colección Actualidad Derecho penal*, Valencia, 2020.

²¹ Resulta discutible es si sugerir un efecto beneficioso como consecuencia de la confesión lesiona el derecho, si bien en la STC 75/1987, de 25 de mayo, FJ 2, se afirmó que: “en nada contradice los derechos constitucionales “a no declarar contra sí mismo” y “a no confesarse culpable”, invocados por el recurrente, puesto que, en definitiva como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, “ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere”. Vid. RODRÍGUEZ DE OLIVEIRA, V.G.; GOMES, A.C., “La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo...”: *passim*.

²² Vid. SUAY RINCÓN, J. “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador” en *RAP* 123 (1990), p. 178.

²³ Asumimos que en el caso en el que se fusionen los procedimientos de inspección y sanción, el administrado puede ejercer el derecho a no autoincriminarse en cualquier momento, como destaca PALAO TABOADA, C., “El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario: una revisión”, *Revista Española de Derecho Financiero* 159, 2013, p. 37.

2.2. La inaplicabilidad del derecho a guardar silencio y no autoincriminarse fuera de los procedimientos sancionadores, penales o administrativos

En cualquier caso, del estado jurisprudencial actual se desprende con cierta nitidez una consecuencia inequívoca: los derechos que aquí nos conciernen pueden ser ejercidos en el marco de un procedimiento de naturaleza punitiva, pero no al margen de éstos²⁴. No puede olvidarse que, conforme a los puntos de vista que hemos asumido, el derecho a no autoincriminarse encuentra su fundamento en los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia. Por más que sea posible una proyección extraprocesal de estos últimos, aquélla no deja de ser algo excepcional.

De esa manera, si un ciudadano, físico o corporativo, es requerido para entregar documentación en un procedimiento no sancionatorio tiene el deber de hacerlo (so pena de incurrir en responsabilidad administrativa o penal por no hacerlo, a cuyos detalles haremos referencia infra) y lo obtenido puede emplearse, por ejemplo, cara a la determinación de la deuda tributaria o como sostén de la adopción de medidas de restauración de la legalidad de cualquier índole²⁵.

Entiendo que lo mismo sucede cuando la inspección no reclama documentación, sino que más bien solicita información, mediante preguntas²⁶. No obstante, frente a los casos de negativa a entregar documentación, donde seguramente la cuestión que se plantea es la de si es operativo el derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, el cual, como veíamos no se reduce a la verbalización de la propia intervención en hechos punibles, aquí parece que más bien que el concernido sería el derecho a guardar silencio. Como acaece en cuanto a aquellos derechos, éste tampoco sería operativo fuera de procedimientos punitivos.

Lo expresado se desprende de algunas resoluciones constitucionales españolas. Así, entre otros, en el citado ATC 39/2003 de 10 de febrero, FJ 8, se dice: “por su propia inclusión en el art. 24.2 CE, entre las garantías que disciplinan el proceso penal, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable sólo puede desplegar sus efectos en el marco de un proceso penal en curso o ante la existencia de actuaciones dirigidas a la eventual determinación de responsabilidades penales, y, además, con el fin de garantizar que nadie se vea compelido contra su voluntad a prestar declaración que le incrimine directamente”²⁷.

Nada diverso puede decirse de la jurisprudencia del TEDH. Así, en la STEDH de 8 abril 2004, caso Weh contra Austria, § 44, se lee: “However, it also follows from the Court's case-law that the privilege against self-incrimination does not per se prohibit the use of compulsory

²⁴ En sentido semejante, ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo”, *cit.*, II, 2 b), con referencias jurisprudenciales españolas; en Alemania, vid. ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, *cit.*, vor 133 ff., 150. El extremo contrario lo representa la posición del Tribunal Constitucional chileno que al vincular los derechos que nos conciernen con la libertad y la seguridad excluye su aplicación fuera del procedimiento penal en sentido estricto; al respecto, vid. (ESCOBAR VEAS, J., “Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (julio-diciembre 2021), pp. 59 y ss.) con acertadas consideraciones críticas.

²⁵ Así también GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Proceso penal y persona jurídica*, 2012, p. 135.

²⁶ Las cuales podrán ser realizadas bien en el lugar inspeccionado, bien en las dependencias administrativas; en general, sobre el particular, vid. REBOLLO PUIG, M.: «Potestades inspectoras y sancionadoras» en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, 2014, p. 18.

²⁷ En sentido semejante al anterior, en el ATC 40/2003 de 10 de febrero, FJ 6.

powers to obtain information outside the context of criminal proceedings against the person concerned”. Posteriormente se añade (§ 45): “Moreover, in a recent case the Court found that a requirement to make a declaration of assets to the tax authorities did not disclose any issue under Article 6 § 1, although a penalty was attached to a failure to comply and the applicant was actually fined for making a false declaration. The Court noted that there were no pending or anticipated criminal proceedings against the applicant and the fact that he may have lied in order to prevent the revenue authorities from uncovering conduct which might possibly lead to a prosecution did not suffice to bring the privilege against self-incrimination into play (see *Allen v. the United Kingdom* (dec.), no. 76574/01, ECHR 2002-VIII). Indeed, obligations to inform the authorities are a common feature of the Contracting States' legal orders and may concern a wide range of issues (see for instance, as to the obligation to reveal one's identity to the police in certain situations, *Vasileva v. Denmark*, no. 52792/99, § 34, 25 September 2003)”²⁸.

Desde nuestra perspectiva, es razonable que no se pueda aducir el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio en un procedimiento no punitivo, precisamente porque no lo es; es en este ámbito (procedimiento sancionador) en el que surge y cobra sentido la garantía que nos concierne (como manifestación del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia). Ulteriormente, debe tenerse en cuenta que en el ámbito del procedimiento inspector diferenciado del sancionador no parece existir un derecho a ser informado de la existencia misma y alcance básico del derecho. Malamente se puede ejercer un derecho del que no hay un deber de información. Parece que en este último contexto, el de la inspección, entender como obligatorio una previa información sobre la posibilidad de guardar silencio implicaría una hipertrofia no justificada del derecho fundamental. De hecho, si hasta la fecha no se ha desarrollado el derecho a informar de la posibilidad de guardar silencio, no declararse culpable o no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador administrativo, mucho menos tiene sentido requerirlo en un procedimiento inspector o supervisor²⁹.

²⁸ Vid., asimismo, STEDH, *Allen V. United Kingdom*, 10 de septiembre de 2002: “The Court notes that in this case the applicant does not complain that the information about his assets which he gave the Inland Revenue was used against him in the sense that it incriminated him in the commission of an offence due to acts or omissions in which he had been involved prior to that moment. His situation may therefore be distinguished from that of the applicant in *Saunders* (judgment cited above). Nor was he prosecuted for failing to provide information which might incriminate him in pending or anticipated criminal proceedings, as in the cases of *Funke*, *Heaney and McGuinness* and *J.B.* (*Funke v. France* judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-A; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, ECHR 2000-XII; *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III). The applicant was charged with and convicted of the offence of making a false declaration of his assets to the Inland Revenue. In other words, he lied, or perjured himself through giving inaccurate information about his assets. This was not an example of forced self-incrimination about an offence which he had previously committed; it was the offence itself. It may be that the applicant lied in order to prevent the Inland Revenue uncovering conduct which might possibly be criminal and lead to a prosecution. However, the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities. Furthermore, not every measure taken with a view to encouraging individuals to give the authorities information which may be of potential use in later criminal proceedings must be regarded as improper compulsion (see the above-mentioned *John Murray v. the United Kingdom* judgment, § 46)”; en semejante sentido vid. *Savic v. Austria*, 15 de septiembre de 2020, §22.

²⁹ A nivel constitucional, el artículo 17.3 CE tan sólo se refiere a las personas detenidas y no hay un precepto análogo para otra hipótesis, como las que aquí nos ocupan. Tampoco encontramos referencias jurisprudenciales directamente aplicables. No obstante, en un campo próximo, en el de la entrada y registro, que puede ser con ocasión de investigación de infracciones administrativas, para que el consentimiento para tal entrada y registro domiciliario sea válido, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que es necesario una previa información al interesado: “el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización injerente” (STC 54/2015 de 16 de marzo, FJ 5). Es posible que no quepa llegar a conclusiones diversas cuando se trate de información proporcionada por el propio concernido en un procedimiento sancionador administrativo (así también, vid. *GÖHLER, E.*:

2.3. Excepción: Procedimientos no sancionadores, pero inescindiblemente unidos a éstos

Pese a todo, la situación puede ser confusa. El Tribunal Constitucional, por una parte, en la STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4, sostiene que “la garantía de no autoincriminación solo despliega su protección cuando la compulsión a aportar elementos incriminatorios se proyecta sobre la misma persona del imputado o de quien pueda llegar a serlo en el futuro”.

De igual forma, de la jurisprudencia del TEDH, se desprende que, en ocasiones, dicho Tribunal estima lesionado el derecho que nos ocupa, pese a que tan sólo se ejerció presión frente al sujeto en un procedimiento de naturaleza no penal. Así, lo recoge la misma STC 21/2021 de 15 de febrero, FJ 5: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración de la garantía de no incriminación...en aquellas otras situaciones en que el poder público asocia formas de coacción (multas, privación de libertad, etc.) a quienes en un proceso de naturaleza no penal, como procedimientos de indagación en materia aduanera (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) o de gestión tributaria (caso *J.B. c. Suiza*) o de investigación para localizar el producto de un delito (caso *Shannon c. Reino Unido*), rehúsan aportar información que podría ser usada posteriormente contra ellos en un procedimiento de carácter penal”.

De las tres sentencias que cita el Tribunal Constitucional parecería desprenderse que la negativa a aportar documentación en procedimientos no punitivos se encuentra cubierta por el derecho a no autoincriminarse frente al criterio aquí mantenido. Sin embargo, dicha conclusión seguramente sería apresurada. Tales procedimientos examinados por el TEDH no tenían una finalidad prospectiva, del que pudieran derivarse responsabilidades no sancionadoras, sino que necesariamente se orientaban a ventilar potenciales responsabilidad penales (entendidas éstas en sentido amplio, comprensivas de las administrativo-sancionadoras), por lo que, pese a que en sentido estricto no se trataba de procedimientos punitivos, materialmente resultaban indeslindables de aquél³⁰. Eso ocurrió tanto en el caso de la STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*³¹, como en el caso *J.B. c. Suiza*, 3 de

Ordnungswidrigkeitengesetz, 16 Auf., 2012, § 55, 8; ROGALL, K., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., vor 133 ff., 147, 175 y ss.), puesto que mal puede ejercerse un derecho que no se conoce y que no se tiene el deber de conocer por parte de legos en derecho (en Alemania se ha afirmado que en caso de engaño, por ejemplo, se indica al inspeccionado que tiene un deber de declarar, existe un correlativo deber de no valorar la información obtenida; al respecto, vid. ROGALL, K., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., vor 133 ff. 172). No obstante, no puede concluirse, sin más, que omitir dicha información determine la nulidad de la diligencia correspondiente, si ello no tuvo en concreto relevancia alguna. Así, por ejemplo, si el sujeto ejerció su derecho en todo caso (así, se ha diferenciado entre el incumplimiento del deber de informar y la lesión misma del derecho; la segunda sólo acaecería en los casos en los que materialmente el concernido necesita de la información omitida: ROGALL, K., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., vor 133 ff. 179. En Alemania, habitualmente se sostiene que en la Ley hay una presunción de desconocimiento del Derecho (ibid. 170 y ss.) o si las declaraciones efectuadas no coadyuvaron al resultado punitivo. Se trata de una conclusión a la que se llega con facilidad en ámbitos próximos, como cuando se obtiene información incriminatoria de forma coactiva que después no es empleada en concreto. En España se ha sostenido que no informar del derecho en el marco del procedimiento administrativo sancionador, ya constituye una vulneración del derecho: PICÓN ARRANZ, A., “El derecho a la no autoincriminación...”, cit., p. 372.

³⁰ En la STEDH, caso *Weh* contra Austria, de 8 abril 2004, en el párrafo 52 se dice: “En *Funke* y en *Heaney y McGuinness*...se habían previsto procedimientos penales, aunque no estaban formalmente abiertos, en el momento en que se requirió a los demandantes que facilitaran información inculpatória. En *Funke* las autoridades aduaneras tenían una sospecha específica contra el demandante, en *Heaney y McGuinness* los demandantes habían sido detenidos bajo la sospecha de delitos de terrorismo”. O en el párrafo 53: “En el presente caso los procedimientos por exceso de velocidad se entablaron contra infractores desconocidos, cuando las autoridades requirieron que el demandante, en virtud del artículo 103.2 de la Ley de vehículos a motor, revelara el nombre de la persona que había conducido su coche el 5 de marzo de 1995. Evidentemente no había procedimientos pendientes por exceso de velocidad contra el demandante y ni siquiera puede decirse que estuviesen previstos ya que las autoridades carecían de elementos sospechosos contra él”.

mayo de 2001³². Asimismo, resulta especialmente claro el caso Shannon c. Reino Unido, STEDH de 4 de octubre de 2005³³, como el caso Heaney and McGuinness v. Irlanda, STEDH de 21 de diciembre de 2000, donde los demandantes habían sido detenidos como sospechosos de participar en un hecho terrorista. Ulteriormente, es posible considerar en la misma línea el caso Weh contra Austria, STEDH de 8 abril 2004³⁴ y Shannon contra Reino Unido, STEDH de 4 de octubre de 2005, 38³⁵.

En definitiva, cabe concluir que los derechos a guardar silencio a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable son también operativos en procedimientos no sancionadores, cuando de las circunstancias de éstos se desprenda que se encuentran

³¹ Así, en el caso de referencia STEDH, Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, se analizó el caso en el que, en el ámbito de una investigación sobre eventuales infracciones a la legislación sobre relaciones financieras con el exterior, el demandante se negó a entregar una serie de extractos bancarios y otra documentación, lo que motivó multas de carácter coercitivo periódicas hasta la entrega de lo requerido (también una multa de carácter punitivo que no llegó a culminar). En el párrafo 44 de dicha sentencia, el Tribunal concluye admitiendo la existencia de vulneración del derecho: "El Tribunal constata que las aduanas provocaron la condena del señor Funke para obtener determinadas pruebas que presumían que existían pero de las que no tenían certeza. No pudiendo o no queriendo obtenerlas por otro medio, intentaron obligar al demandante a que les entregara el mismo la prueba de los delitos que había cometido. Las particularidades del derecho aduanero (aps. 30-31, supra) no justificarían tal violación del derecho, de todo "acusado" en el sentido autónomo que el artículo 6 atribuye al término, de guardar silencio y no contribuir a su propia incriminación".

³² Así, en el § 10, se dice: "In view of this, on 11 December 1987 the X District Tax Commission (Bezirkssteuerkommission) instituted tax-evasion proceedings". Posteriormente, en el § 47, sostiene el Tribunal: "The Court observes that, in the present case, the proceedings served the various purposes of establishing the taxes due by the applicant and, if the conditions therefor were met, of imposing on him a supplementary tax *and a fine for tax evasion*. Nevertheless, the proceedings were not expressly classified as constituting either supplementary-tax proceedings or tax-evasion proceedings". Por fin, en el § 48, se lee: "The Court furthermore considers, and this was not in dispute between the parties, that from the beginning and throughout the proceedings *the tax authorities could have imposed a fine on the applicant on account of the criminal offence of tax evasion*" (cursiva nuestra).

No obstante, el caso puede ser discutible, puesto que, lo cierto es que el procedimiento permitía un resultado no punitivo. Cuestión diversa hubiese sido si, proporcionada la información, efectivamente, se hubiese sancionado por elusión fiscal, lo cual no acaeció. No es una circunstancia que se escape al TEDH, el cual en Shannon c. Reino Unido, 4 de octubre de 2005, § 40 dice: "It is true, as the Government note, that the applicant might not have been tried, and that even if he had, it would have been open to the trial judge to exclude the information obtained at interview. Both of those points, however, depend on the evidence actually being used in subsequent proceedings, whereas it is clear from the case-law referred to above that there is no need for proceedings even to be brought for the right not to incriminate oneself to be at issue".

³³ § 38: "If the requirement to attend an interview had been put on a person in respect of whom there was no suspicion and no intention to bring proceedings, the use of the coercive powers under the 1996 Order might well have been compatible with the right not to incriminate oneself, in the same way as a statutory requirement to give information on public health grounds (see the case of Green Environmental Industries referred to by the Government, although in that case the applicants were also liable to prosecution by the local authority). The applicant, however, was not merely at risk of prosecution in respect of the crimes which were being examined by the investigators: he had already been charged with a crime arising out of the same raid. In these circumstances, attending the interview would have involved a very real likelihood of being required to give information on matters which could subsequently arise in the criminal proceedings for which the applicant had been charged".

³⁴ En el párrafo 52 se dice: "En Funke y en Heaney y McGuinness...se habían previsto procedimientos penales, aunque no estaban formalmente abiertos, en el momento en que se requirió a los demandantes que facilitaran información inculpatória. En Funke las autoridades aduaneras tenían una sospecha específica contra el demandante, en Heaney y McGuinness los demandantes habían sido detenidos bajo la sospecha de delitos de terrorismo". O en el párrafo 53: "En el presente caso los procedimientos por exceso de velocidad se entablaron contra infractores desconocidos, cuando las autoridades requirieron que el demandante, en virtud del artículo 103.2 de la Ley de vehículos a motor, revelara el nombre de la persona que había conducido su coche el 5 de marzo de 1995. Evidentemente no había procedimientos pendientes por exceso de velocidad contra el demandante y ni siquiera puede decirse que estuviesen previstos ya que las autoridades carecían de elementos sospechosos contra él".

³⁵ En Shannon contra Reino Unido, STEDH de 4 de octubre de 2005, 38, se afirmó la existencia de vulneración del derecho en un supuesto de "riesgo muy real de tener que ofrecer informaciones acerca de cuestiones que posteriormente pudieran plantearse en el marco del proceso penal emprendido por los delitos por los que había sido acusado".

inescindiblemente unidos a uno de tales características, por tener sentido tan sólo como previos a dicha clase de procedimiento³⁶.

Por fin, en el caso español, también debe concluirse que es operativo el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse en los procedimientos de información reservada en los que sí juega el derecho que nos ocupa, lo que es coherente con la perspectiva apuntada, por la indudable conexión de dicha clase de procedimiento con el sancionador propiamente dicho. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es nítida en este punto. Así, en la STC 142/2009 de 15 de junio, FJ 5, se declara que “...en ningún momento del procedimiento los recurrentes fueron forzados a realizar una declaración autoincriminatoria, lo que resultaría constitucionalmente inadmisibles no sólo en el procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho, sino también en la práctica de una información reservada —pese a que ésta no tenga carácter sancionador; por todas, STC 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 6”³⁷.

Por consiguiente, si tan sólo hay un procedimiento de información reservada, ya existe el derecho a guardar silencio o a no autoincriminarse y la negativa o impedimento a la actuación supervisora o inspectora estaría cubierta por tal derecho.

2.4. Consecuencias de la negativa a entregar documentación o información o en caso de información falsa, incompleta, inexacta o engañosa

Ante la negativa a entregar información solicitada legítimamente por la Administración, ésta tiene diversas posibilidades.

En primer lugar, puede optar por imponer multas de carácter coercitivo, si tal opción está prevista en la Ley (si se puede imponer sanciones penales o administrativas, con mayor razón multas coercitivas, cuya naturaleza punitiva viene siendo negada por el criterio dominante)³⁸.

³⁶ El § 393 (1) de la *Abgabeordnung* alemana viene a ampliar el derecho en los casos en los que haya un procedimiento administrativo no sancionador tributario, pero ya se haya abierto paralelamente un procedimiento penal o administrativo: “Im Besteuerungsverfahren sind jedoch Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Dies gilt stets, soweit gegen ihn wegen einer solchen Tat das Strafverfahren eingeleitet worden ist”.

Asimismo, en aquel país se ha sostenido que el derecho cesa si y en tanto se excluya sin duda el riesgo de persecución penal; ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., vor 133 ff., 146, 151, o que se extiende al caso de persecución administrativo-sancionadora (id., 152), incluso disciplinaria (id. 153, donde expresa alguna opinión disidente).

En la literatura científica se detectan diversos esfuerzos por perfilar la cuestión. Así, ALARCÓN SOTOMAYOR sostiene, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, que opera el derecho fuera del procedimiento sancionador cuando el sujeto razonablemente vaya a ser imputado de forma inmediata (“El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo...”, cit., pp. 205-206, con apoyo jurisprudencial; de la misma autora, “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo”, cit., con apoyo de numerosas sentencias, especialmente, del TEDH; en semejante sentido, vid. GARCÍA BERRO, F., “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno” en *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, 3.2., donde habla de razonable certeza). Para ello sería indispensable que se haya iniciado, en sentido formal o material, una actuación punitiva. Por el contrario, se muestra escéptico REBOLLO PUIG quien expresa que ello genera un cúmulo de incertidumbres porque no se sabe muy bien quién es un imputado inminente ni a qué le faculta su derecho, ni qué prohíbe a la Administración, (“La actividad inspectora”, cit., p. 97).

³⁷ Parece sostenerlo así, REBOLLO PUIG, M., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, cit., p. 13.

³⁸ Vid., por ejemplo, el artículo 67 f) de la Ley de Defensa de la Competencia: “La Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas:...f) Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el

En segundo lugar, alternativa o cumulativamente, puede solicitar autorización judicial para una entrada y registro o inspeccionar por sí misma los espacios que, desde una perspectiva constitucional, no constituyan domicilio.

En tercer lugar, cabe que la Administración acuda a un procedimiento sancionador de naturaleza administrativa, el cual habitualmente se dirige contra personas jurídicas (vid., por ejemplo, el artículo 203.1 de la Ley General Tributaria; el artículo 92 i) de la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito; o el artículo 62.2 e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia).

Por fin, en cuarto lugar, puede instar un procedimiento penal mediante la oportuna denuncia o querrela penal sobre la base del artículo 294 CP³⁹, precepto hasta el momento de escasa utilización. Ello se debe, seguramente, a muy diversos motivos: la ignorancia de la existencia misma del delito por parte de la Administración; la falta de voluntad de persecución penal de los hechos por parte de aquélla que viene haciendo un amplio uso de las infracciones administrativas (la Administración parece confiar más en sus propias posibilidades punitivas que en un proceso penal de resultado incierto); la estrecha interpretación que del delito del artículo 294 CP se viene haciendo; la aplicación tácita, e incorrecta, de la condición objetiva de procedibilidad del artículo 296 CP; la reducida penalidad asociada al delito que nos ocupa que hace que la pena de multa pueda resultar de una entidad inferior a la que se desprendería de aplicar las paralelas infracciones administrativas; o, por fin, el hecho de que no se trate de un delito incluido en el catálogo de los imputables a las personas jurídicas⁴⁰.

3. EL USO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA CON COMPULSIÓN EN ULTERIORES PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

3.1. Regla general: la exclusión de uso en procedimientos punitivos

Hemos partido de la idea central conforme a la cual, los deberes de colaboración imponen al inspeccionado el deber de colaborar y, por consiguiente, de entregar la documentación o información que se le requiere, so pena de incurrir en responsabilidad penal o administrativa. Esa información puede ser empleada, sin embargo, por ejemplo, para la determinación de la deuda tributaria o en procedimientos de restauración de la legalidad⁴¹.

La cuestión central es si la información obtenida con compulsión en un procedimiento no punitivo, normalmente de inspección o supervisión administrativa, puede ser utilizada

artículo 39". No duda de su constitucionalidad GUILLÉN CARAMÉS, J., "Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho comunitario de la competencia", *Derechos fundamentales y otros estudios. Homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín Retortillo Baquer*, vol. I, 2008, p. 964; vid., en tal sentido, STC 33/2018, de 12 de abril, FJ 12, con cita de la STC 239/1988, de 14 de diciembre.

³⁹ Art. 294 CP: "Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

⁴⁰ Ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, G., *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados*, 2019, *passim*.

⁴¹ Así también GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, cit., p. 135; NIETO MARTÍN, A.; BLUMENBERG, A., "Nemo tenetur se ipsum accusare en el derecho penal económico europeo", *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, 2010, p. 415.

posteriormente en un procedimiento de carácter punitivo⁴², sea éste penal o administrativo sancionador⁴³.

En el análisis de la problemática, se ha de arrancar de la jurisprudencia europea⁴⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado generalmente la vulneración de la garantía contra la autoincriminación en aquellos casos en los que la información obtenida con compulsión en un proceso de naturaleza meramente indagatoria es utilizada para fundar en el seno de un posterior proceso de naturaleza penal o sancionadora la incriminación de quien la aportó. Como punto de partida, en la STEDH de 17 de diciembre de 1996 en el caso Saunders c. el Reino Unido, § 69, se declaró: “The right not to incriminate oneself is primarily concerned,

⁴² Cabe destacar que, conforme al criterio del Tribunal Supremo español, “la necesaria salvaguarda del derecho a no autoincriminarse no reclama adelantar el inicio del procedimiento tributario sancionador al momento en el que se pueda atribuir al sujeto inspeccionado, más o menos fundadamente, la realización de una infracción tributaria... Defender lo contrario supondría desposeer a la Administración tributaria de una facultad que le corresponde en el seno del procedimiento inspector con fundamento en el deber constitucional establecido en el artículo 31.1 CE –a saber, la facultad de requerir al sujeto inspeccionado cuanta información con trascendencia tributaria sea necesaria para llevar a buen término las actuaciones de comprobación e investigación– en aras de la supuesta salvaguarda de un derecho fundamental del obligado tributario –el derecho a no autoincriminarse– que no surte efectos en el seno del procedimiento inspector y que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado aplicable, en exclusiva, a los procedimientos que pueden concluir en su seno con la imposición de sanciones (tributarias o de cualquier otra naturaleza)” (STS 1762/2020, de 17 diciembre). De esa forma, parece solucionarse, en sentido negativo, el problema de si, detectado el ilícito, debe procederse a incoar automáticamente el procedimiento sancionador, con el completo despliegue de la garantía de no autoincriminación. Así, ya en la STS 1807/2020, de 21 de diciembre, se dijo: “desde que se incoa el procedimiento sancionador deja de resultar aplicable el deber de colaboración, precisamente porque el mismo podría comprometer muy seriamente el derecho a no autoincriminarse. Quiere ello decir que la Administración solo podría seguir obteniendo información en el procedimiento de comprobación (que sigue abierto y no ha concluido), a través de terceros o incluso, del propio inculpado, pero sin utilizar medios coercitivos, extremo que sí podría resultar viable si se prolonga el procedimiento dirigido a liquidar –sin incoar procedimiento sancionador alguno– con el claro designio de obtener pruebas al amparo del deber de colaboración y al margen de los principios y garantías propios del ámbito sancionador”. Parece opinar diferente PALAO TABOADA, C., «El derecho a no autoincriminarse...», pp. 43 y ss.

⁴³ Es conocido, como la expresión “materia penal” que figura en el artículo 6.1. del convenio europeo se ha interpretado por el TEDH de manera muy amplia captando habitualmente los supuestos de sanciones administrativas. Muy en síntesis, en la STEDH de 8 de junio de 1976, caso Engel, especialmente párrafo 82, referido a un asunto de carácter disciplinario ya estableció la autonomía del concepto de “materia penal” que aparece entre las garantías del artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos de 1950. No es suficiente con que un Estado califique una determinada materia como disciplinaria para excluir la aplicación de dichas garantías, para evitar que mediante la simple decisión de etiquetar de una determinada forma afecte a dichas garantías. Precisamente con cita de la anterior resolución, y singularmente a raíz del caso Oztürk de 21 de febrero de 1984 se insiste en tres criterios que se repiten con posterioridad para decidir si hay o no tal “materia penal” desde la perspectiva del convenio: “50. Having thus reaffirmed the “autonomy” of the notion of “criminal” as conceived of under Article 6 (art. 6), what the Court must determine is whether or not the “regulatory offence” committed by the applicant was a “criminal” one within the meaning of that Article (art. 6). For this purpose, the Court will rely on the criteria adopted in the above-mentioned Engel and others judgment (ibid., pp. 34-35, § 82). The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6 (art. 6), to the ordinary meaning of the terms of that Article (art. 6) and to the laws of the Contracting States”. Dichos criterios se han repetido posteriormente en otros asuntos, en los que se subraya que los dos últimos criterios son alternativos y no necesariamente cumulativos, entre otros muchos, pueden verse los casos Jussila v. Finland, de 23 de noviembre de 2006, párrafos 30 y 31 (“This does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge (see *Ezeh and Connors*, cited above, § 86, citing, *inter alia*, *Bendenoun*, cited above, § 47; Menarini Diagnostics s.r.l.c. Italia, 27 de septiembre de 2011, asunto N° 43509/08); Flisar c. Eslovenia, sentencia de 29 de septiembre 2011, asunto N° 3127/09). En la STC 54/2015 de 16 de marzo, FJ 7, se afirma que “los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido” (entre otras, SSTC 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 3; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4; y 142/2009, de 15 de junio, FJ 4”).

⁴⁴ Amplia información en ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales...*, cit., pp. 227 y ss.

however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing"⁴⁵.

Dicho punto de vista es corroborado y desarrollado en la sentencia Weh. En ésta, se destaca la imposibilidad de usar la información obtenida con coacción en un procedimiento penal (entendido en sentido amplio). Así se afirma que existen dos tipos de casos en los que el Tribunal dictamina violaciones del derecho a guardar silencio y del privilegio a no inculparse: "En primer lugar, existen casos relativos al uso de la coacción para obtener información que puede inculpar a la persona en cuestión en procedimientos penales anteriores o pendientes entablados contra ella o –en otras palabras– respecto a un delito del que dicha persona ha sido "imputada" en el sentido autónomo del artículo 6.1 (ver Funke, pg. 22, ap. 44; Heany y McGuinness, aps. 55-59; J. B., aps. 66-71, anteriormente citadas)" (párrafo 42). "*En segundo lugar, existen casos relativos al uso de información inculpativa obtenida mediante coacción fuera del contexto del procedimiento penal en una causa penal posterior* (Sanders, previamente citada, pg. 2064, ap. 67, I. J. L. y Otros contra Reino Unido, núm. 29522/1995, aps. 82-83, 2000-IX)" (párrafo 43, cursiva nuestra).

Dicho criterio es recogido en la STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 5: "*...para que se aprecie la quiebra de la garantía de no autoincriminación no es imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido en el seno del proceso de naturaleza penal, siendo en principio admisible que la obtención de información mediante coacción se haya producido en un procedimiento previo en el que no se ejerce el ius puniendi estatal y solo sea posteriormente cuando se incorpore con efectos inculpativos a un proceso penal. Lo relevante en la garantía de no autoincriminación sería el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y el efecto inculpativo que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora*" (cursiva nuestra).

De lo expresado se deduce con cierta nitidez que el uso de información en procedimientos punitivos cuando aquélla ha sido obtenida en procedimientos de inspección por medio de compulsión, especialmente la amenaza de sanciones en caso de no colaborar, lesiona de lleno el derecho a no autoincriminarse⁴⁶. Sin embargo, la información obtenida por medio de

⁴⁵ Como pone de relieve GARCÍA BERRO, de ello se desprende que no se vulnera el derecho por el mero desarrollo de actuaciones tales como registros o inspecciones que, sin contar con el consentimiento del interesado, da como resultado la obtención de documentos aptos para probar la existencia o autoría del ilícito. Cuestión distinta es cuando se emplea la compulsión para lograr que sea el ciudadano el que lo aporte, cuando el poder público no puede obtenerlos por sí mismo (GARCÍA BERRO, F.: "La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse...", *cit.*, 3.3).

⁴⁶ En semejante sentido, en Alemania, se ha sostenido que si la obtención de información ha tenido lugar en un procedimiento administrativo en el que hay un deber de colaborar con la Administración y no un derecho a guardar silencio, dicha información no puede utilizarse en un posterior procedimiento sancionador: vid. GÖHLER, E.: *Ordnungswidrigkeitengesetz, cit.*, § 55, 8; ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, cit.*, vor 133 ff. 162. Vid. el § 393.2 de la *Abgabeordnung*. En España, en semejante sentido, por ejemplo, GARCÍA BERRO, F.: "La reciente jurisprudencia de ámbito europeo...", *cit.*, especialmente, 3.2; PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, Madrid, 2008, p. 94. AGUALLO AVILÉS, A.; E. BUENO GALLARDO, E.; "El contenido del derecho a no autoincriminarse...", *cit.* p. 1373, entienden que el TEDH parte en esos casos de una presunción *iuris tantum* de que en tal caso el sujeto ha colaborado como consecuencia de la coacción, independientemente incluso del grado de coacción. No obstante, ponen de manifiesto que el citado TEDH en los últimos tiempos parece matizar dicha posición inicial, en favor de un criterio más flexible y conforme al cual una amenaza de sanción nimia no determinaría la lesión del derecho. Entiendo que para

expresa amenaza de sanción penal o administrativa, puede emplearse en procedimientos de naturaleza no punitiva⁴⁷

Es claro que ello limita enormemente la eficacia de la actividad inspectora de la Administración. Admitido que hay un deber de colaborar y de aportar la información que se solicita, so pena de incurrir en responsabilidad, si dicha información no puede determinar una sanción, frecuentemente a los ciudadanos en general les interesará la defraudación o el comportamiento ilícito, toda vez que, si son descubiertos por la Administración (y muchas veces sólo se podrá obtener las pruebas si son proporcionadas por el mismo sujeto), no podrían ser sancionados y tan sólo procederán medidas restaurativas de la legalidad, cuya eficacia preventiva es muy limitada. Para evitar las indeseables consecuencias de una estricta aplicación de dicho criterio, entendemos, caben dos posibilidades, no necesariamente incompatibles entre sí y que desarrollamos a continuación: por una parte, limitar del alcance del derecho a no autoincriminarse a la información inequívocamente incriminatoria; por otra, entender excluido el derecho a no autoincriminarse en los casos en los que no haya amenaza de sanción expresa. La propuesta aquí realizada pretende encontrar un punto de acuerdo entre las posiciones de quienes ponen el foco en la defensa a ultranza del derecho de defensa (y presunción de inocencia) y quienes, por el contrario, priorizan la protección de intereses constitucionales como la actividad administrativa de garantía de bienes jurídicos centrales como la hacienda pública, la libre competencia, etc. (contraposición que, seguramente, se encuentre en la base de las diversas posiciones mantenidas por TJUE y TEDH).

3.2. Primer mecanismo de flexibilización: potencial limitación del alcance del derecho a no autoincriminarse y guardar silencio a la información inequívocamente incriminatoria⁴⁸

3.2.1. El criterio de la equivocidad. La doctrina constitucional

La primera opción es entender que la información obtenida con compulsión puede ser empleada en un ulterior procedimiento punitivo *si no tiene un carácter inequívocamente*

ALARCÓN SOTOMAYOR la información se puede emplear, salvo que el inicio del procedimiento punitivo sea inminente (*El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, cit., especialmente p. 232).

⁴⁷ Recuérdese que el núcleo del derecho que nos ocupa implica la imposibilidad de que su titular en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/1983, FJ 2; 127/1992, FJ 2º; 197/1995 de 21 de diciembre FJ 6 o, entre las últimas, 23/2014 de 13 de febrero, FJ 4). O en STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 4, donde el Tribunal distinguió “entre la aportación coactiva de información incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por este derecho”. Obviamente, al aportar documentación bajo amenaza de sanción, se aporta información, por lo que, si se sigue literalmente lo que indica la sentencia, la garantía de no autoincriminación debería desplegar su eficacia. Otra cosa sería, por ejemplo, una entrada y registro, la cual, sí que se tiene el deber de soportar, al tratarse de una diligencia de prueba.

⁴⁸ Existen opciones alternativas a la aquí propuesta. Así, destacadamente, García Berro propone que no está afectado el derecho en los casos en los que los poderes públicos se encuentran en condiciones de obtener, por ejemplo, los documentos, sin el concurso de la voluntad del afectado, es decir que se encuentre al alcance inmediato de las autoridades. A tal fin, cita en su apoyo Jalloh c Alemania, STEDH de 11 de julio de 2006 (GARCÍA BERRO, F.: “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse...”, 3.3; AGUALLO AVILÉS, A.; GARCÍA BERRO, F.: “El deber de colaborar con la administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse...”, cit., 251; de acuerdo GALBE TRAVER, G.: “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse...”, cit., p. 15. Debe tenerse en cuenta que con cierta frecuencia las pruebas están al alcance del poder público mediante una entrada y registro (salvo los casos en los que no se autorizaría por una cuestión de proporcionalidad). De seguir tal tesis, pues, en los casos más graves quizá no jugaría la garantía contra la autoincriminación haciendo ilusorios los requerimientos de la

autoincriminatorio. Tendría tal carácter, si la conducta punible en la que habría intervenido el inspeccionado se desprende con nitidez de la documentación, al no requerirse para ello de una valoración compleja, por ejemplo, a través de una pericia o intervención técnica (como sucede con la información contable), de la aportación de información complementaria o de una prueba testifical⁴⁹. Ello restringe mucho la operatividad del derecho, puesto que son pocos los casos en los que de la documentación se desprende directa e inmediatamente, sin necesidad de actividad intermedia, el hecho punible: actas de reuniones en las que se acordase una coordinación de precios, mails en la misma dirección, esto es, que supongan una confesión, contabilidad b, etc.

La apuntada distinción entre información equívoca e inequívocamente incriminatoria tiene sentido desde una doble perspectiva:

- a) En cuanto a la información equívoca (que podría utilizarse en ulteriores procedimientos sancionadores), ha de considerarse que, *per se*, en sí misma considerada, no tiene tal carácter incriminatorio, por lo que tiene sentido entender que su uso para fines sancionatorios, cuando su entrega se haya producido bajo compulsión, es compatible con el derecho que nos ocupa.
- b) En cuanto a la información inequívoca (que no podría utilizarse en ulteriores procedimientos sancionadores), ha de considerarse el deber de denuncia de la Administración. Ésta, si tiene conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito, ha de trasladarlo al Ministerio Fiscal o Juez de Instrucción, lo que no acaece con la información equívoca⁵⁰. No puede olvidarse, adicionalmente, que quien pretenda exonerarse argumentando que la información fue entregada bajo ilícita presión, corre con la carga de la prueba de tal compulsión⁵¹. No hay una presunción del carácter ilícito de la información obrante en manos del Estado. La conjunción de ambos factores (deber de denuncia más carga de la prueba de la compulsión) pone de relieve que no es posible asumir que exista un deber por parte del administrado de entrega de tal clase de información, al menos, por tres razones:
 - i) Sitúa al inspeccionado en posición de ser perseguido como consecuencia de su propia actividad.
 - ii) Se desplaza la carga de la prueba de la acusación al acusado en el procedimiento punitivo que se inicie con ocasión de la entrega de tal

Administración. Por otra parte, el criterio puede plantear problemas en alcoholemia, donde los poderes públicos no pueden obtener por sí mismos la evidencia que se busca, por lo que sí sería operativa la garantía.

⁴⁹ Vid., asimismo, A. PICÓN ARRANZ, A., "El derecho a la no autoincriminación...", *cit.*, p. 385.

⁵⁰ Sobre la cuestión, vid. GÓMEZ TOMILLO, M., "Delito fiscal y deber de denuncia administrativo", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT CEF)* Núm. 448 (julio 2020), pp. 113-124.

⁵¹ Vid. STS, Sala Segunda, 277/2018, de 8 de junio –caso Nóos, FJ Cuadragésimo segundo: "En el caso por nosotros ahora juzgado es de subrayar: a) que no se alega ni consta que en la citación al recurrente se le advirtiera que de no atender el requerimiento se le sancionaría de ninguna manera". Nada diverso, por otra parte, de lo que ocurre con cualquier otro elemento excluyente o atenuante de la responsabilidad.

En otros términos, le corresponde al interesado concretar cuáles fueron los requerimientos coactivos que le dirigió la inspección, cuáles fueron los documentos o pruebas puestos a disposición de la misma como consecuencia de aquéllos y en qué medida los documentos aportados o la prueba puesta a disposición de la inspección bajo coacción pudieron tener virtualidad en la imposición de la sanción: vid. ATC 186/2008 de 25 de junio, FJ 5; no obstante, AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E., "El contenido del derecho a no autoincriminarse...", *cit.* p. 1373, entienden que el TEDH parte en esos casos de una presunción *iuris tantum* de que en tal caso el sujeto ha colaborado como consecuencia de la coacción.

documentación: La Administración ya tiene una base para imponer una sanción (la documentación inequívoca aportada por el administrado) y es aquél el que tiene que acreditar la nulidad de dicha prueba.

- iii) Se le impide de facto una defensa pasiva en el ulterior procedimiento punitivo, al tener que acreditar la previa existencia de compulsión.

Seguramente nada diverso acaezca en el caso en el que la Administración no solicita documentación, sino que formula preguntas. La información equívoca (esto es, aquélla de la que no se derive directa y necesariamente la existencia de una infracción penal o administrativa) puede ser empleada en un ulterior procedimiento sancionador. Por ejemplo, se puede utilizar la respuesta a la pregunta de si hubo una reunión con representantes de otras compañías de la competencia en tal fecha, en la medida en que dicha reunión no tuvo que ir dirigida necesariamente a pactar precios. Sin embargo, no cabe el empleo de información de la que inequívocamente se desprenda la responsabilidad punitiva (así, por ejemplo, sobre si en tal reunión se pactaron los precios).

A la luz de lo expresado deben interpretarse numerosas normas de nuestro sistema jurídico. Así, a título puramente ejemplificativo, podemos citar el artículo 20.2 e) del Reglamento CE 1/2003. Conforme a dicha disposición los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para efectuar la inspección estarán facultados para “solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas”. De igual manera, puede concluirse la significativa reducción del alcance del artículo 62.2.e) 2º LDC que tipifica como infracción administrativa “2º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa”.

El apuntado criterio de la equivocidad, si bien no es así expresado por la doctrina del Tribunal Constitucional, puede derivarse de aquélla. En efecto, debe tenerse en cuenta que dicho Tribunal sostiene que no se vulnera el derecho a no autoincriminarse cuando el sujeto es requerido para someterse, fuera de un procedimiento sancionatorio, a la prueba de alcoholemia (el paralelismo con la situación que nos ocupa la hizo el mismo Tribunal en la STC 76/1990 de 26 de abril, FJ 10)⁵². Y ello porque equivale a requerir al sujeto a someterse a una modalidad de pericia de “resultado incierto” (SSTC 107/1985 de 7 de octubre, FJ 3; 161/1997 de 2 de octubre, FJ 7; 234/1997 de 18 de diciembre, FJ 6). Ésta no puede catalogarse como obligación “de autoincriminación, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente...su propia imputación penal o administrativa” (STC 161/1997 de 2 de octubre, FJ 7; 234/1997 de 18 de diciembre, FJ 6, cursiva nuestra)⁵³. Luego

⁵² En la citada STC 76/1990 de 26 de abril, al analizar la constitucionalidad del art. 83.3 f) de la LGT, relativo a la sanción de la omisión del deber de colaboración tributaria por falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición, en su FJ 10, se afirmó la compatibilidad de la norma con el derecho a no autoincriminarse, afirmando que “del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica verbi gratia, el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable (SSTC 103/1985, 145/1987, 22/1988, entre otras muchas), cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad” (adicionalmente, vid. ATC 40/2003 de 10 de febrero, FJ 6).

⁵³ De alguna manera, también vid. el ATC 39/2003 de 10 de febrero, en un caso en el que el recurrente consideraba que el derecho que nos ocupa le exoneraba de declarar a la hacienda pública lo obtenido como consecuencia de su actividad ilícita. En el FJ 8, el Tribunal dice que “la obligación tributaria de declaración veraz sobre las rentas percibidas

se puede deducir tanto que si el resultado fuese “cierto”⁵⁴, como que si se tratase de aportaciones que sostengan o puedan sostener directamente la propia imputación penal o administrativa, sí que vulneraría el derecho a no autoincriminarse⁵⁵.

Asimismo, apoya tesis de la equivocidad la STC 21/2021, de 15 de febrero. Recuérdese que se trataba de un caso en el que se sanciona disciplinariamente a un Guardia Civil sobre la única base de sus declaraciones efectuadas como testigo en un previo procedimiento civil, con obligación de decir verdad bajo apercibimiento de, en caso contrario, incurrir en responsabilidad. Existe un cierto paralelismo con los casos aquí objeto de atención. En ambos en un procedimiento extrapenal (allí civil, aquí de inspección o supervisión administrativa) se obliga a un sujeto a proporcionar información. Conforme a la tesis aquí sustentada, en el procedimiento de inspección no cabe obligar a entregar información inequívocamente incriminatoria. De acuerdo con el caso analizado por el TC, si se da dicha información con compulsión, no cabe emplearla en un ulterior procedimiento sancionador. Aunque las conclusiones que alcanza la STC y las aquí defendidas son diversas, sin embargo, hay algo en común en ambas: el derecho a no autoincriminarse protege frente a la entrega de material inequívocamente incriminatorio.

Lo expuesto plantea el problema, seguramente excepcional, del material documental inequívocamente incriminatorio (contabilidad b, actas de reuniones en que se acordaron pactos de precios, etc.). Si llegásemos a la conclusión de que no se puede utilizar dicho material a efectos punitivos, se corre el riesgo de que se emplee el procedimiento de inspección como una manera de cegar medios de prueba contra el inspeccionado, dificultando enormemente la persecución y sanción de conductas ilícitas. Sin embargo, la entrega de material inequívocamente autoincriminatorio, aun cuando no se pudiese utilizar (lo impediría

no supone compeler a realizar una manifestación de voluntad cuyo contenido admita directamente la culpabilidad por ningún hecho ilícito. Por tanto, al no haberse acreditado por el recurrente que en el marco del concreto proceso penal que da lugar a esta demanda de amparo haya sido de alguna manera compelido a emitir una declaración de voluntad directamente incriminatoria, la vulneración aducida carece manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por este Tribunal, lo que es determinante de su inadmisión” (sentido semejante al anterior, vid. el ATC 40/2003 de 10 de febrero, FJ 6). En definitiva, sostiene el Tribunal que la aportación de documentación no lesiona su derecho, lo que puede interpretarse en el sentido del texto, es decir, en la medida en que dicha documentación no sea inequívocamente incriminatoria y requiera para llegar a esta última conclusión bien de información complementaria, bien de alguna clase de prueba, especialmente la pericial.

⁵⁴ Podría argumentarse que, en ocasiones, el futuro resultado del test de alcoholemia será inequívocamente incriminatorio, a la vista, por ejemplo, de la muy alta cantidad de alcohol ingerida, por lo que, de seguir la tesis aquí defendida, el derecho a no autoincriminarse ampararía la negativa a someterse a la correspondiente prueba en tales casos. Sin embargo, entendemos que no es así. El resultado de la prueba de alcoholemia no debería ser suficiente para sancionar, sino que debe complementarse con ulteriores datos; como la conducta del sujeto, su aspecto, su forma de hablar, etc.

⁵⁵ De igual forma, es posible compatibilizarlo con la doctrina del Tribunal Supremo. Ciertamente, en la STS 1762/2020, de 17 diciembre pareció pronunciarse de forma muy contundente que el derecho a no autoincriminarse no surte efectos en el seno del procedimiento inspector. Sin embargo, no siempre ha sido igual de tajante. Así, en la STS 259/2015 de 30 de abril, FJ Cuadragésimo segundo, se lee: «...la afirmación de que la emisión de un informe administrativo, en su condición funcional, en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, por el después acusado, determina la nulidad de todas las actuaciones por vulnerar el derecho fundamental a no autoincriminarse, es de difícil justificación pues no nos encontramos ante una "contribución de contenido directamente incriminatorio"» (es decir, no se trata de material inequívocamente incriminatorio). En la misma sentencia y en igual línea, se dice: “Parece sostener que la mera aportación de material bajo coacción no vulnera el derecho a no autoincriminarse: STS 259/2015 de 30 de abril, FJ Cuadragésimo segundo: «En este mismo sentido, puede ser relevante tomar en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la colisión entre el derecho a no autoincriminarse y la obligación de proporcionar información en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Señala el TJUE, por ejemplo, en la sentencia *Dalmine* (*Dalmine/Comisión*, Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 25 de enero de 2007), que el derecho a no declarar contra uno mismo sólo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión incriminatoria”.

el criterio de la conexión de antijuridicidad), alentaría a investigar, por otro cauce, los hechos⁵⁶. De esa manera, la posibilidad de ser investigado por otra vía normalmente desalentará, de hecho, la entrega de pruebas autoincriminatorias como audaz medio para conseguir la impunidad, convirtiendo el procedimiento de inspección en una vía fácil para eludir responsabilidades.

Asimismo, se presentan problemas en el caso del material documental que proporcione información de otra conducta ilícita distinta de la investigada en el procedimiento de inspección (por ejemplo, se investiga una defraudación tributaria y se obtienen evidencias de delito de tráfico de drogas). La aplicación coherente de los criterios generales expuestos, lleva a que se pueda permitir el uso de material no inequívocamente incriminatorio como medio de prueba en ulteriores procedimientos. Lo que no cabe es colocar a quien comete delitos en mejor situación que a quien no los comete (no es razonable que quien no delinque tenga obligación de aportar documentación y quien los comete no). Es cierto, de nuevo, que excluir la posibilidad de su uso con fines probatorios implica correr el riesgo de que se utilice el procedimiento de inspección como una manera de cegar medios de prueba contra el inspeccionado, dificultando enormemente su punición. En todo caso, el sujeto concernido ha de ponderar riesgos y beneficios derivados de la entrega de tal material, de forma que siempre considerará la posibilidad de que, a la vista del material entregado, se le investigue por otro cauce diverso. No parece probable, pues, que en la práctica el derecho que estudiamos se convierta en una forma fácil de escapar del *ius puniendi* del Estado.

En el caso específico de la exigencia de declarar al Estado rentas procedentes de un hecho delictivo, no estimamos que equivalga a una confesión por parte del delincuente de que cometió el delito⁵⁷. El mero hecho de tener rentas elevadas no implica que procedan de una conducta delictiva, sino que pueden tener un origen muy diverso, por ejemplo, donaciones, herencias, juegos de azar, etc.; incluso, cabe que el sujeto se lucrara del delito sin haber intervenido en él, como partícipe a título lucrativo, art. 122 CP. Por consiguiente, se requerirá siempre de información adicional para que pueda servir de base a una condena, lo cual dotará a la potencialmente proporcionada por el delincuente de carácter de equívoco y, por lo tanto, no protegida por la garantía contra la autoincriminación.

3.2.2. Compatibilidad con la jurisprudencia del TJUE y el TEDH

La posición expresada (la garantía contra la autoincriminación no cubre los casos de información equívoca obtenida con compulsión) estimamos que resulta compatible con la jurisprudencia del TJUE⁵⁸.

Así, en el asunto C-374/1987, *Orkem v. Comisión*, EU: C1989:387, párrafo 34, el Tribunal afirmó que “aunque para preservar la eficacia de los apartados 2 y 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17 la Comisión tenga la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si

⁵⁶ Del riesgo alerta el TEDH *Shannon c. Reino Unido*, 4 de octubre de 2005, § 39.

⁵⁷ No olvidemos que existe un deber de denuncia al que no es ajeno la Administración; vid. los arts. 259 y 262 LECr; art. 408 CP; art. 251 LGT; en general, vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delito fiscal y deber de denuncia administrativo” en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT CEF)* Núm. 448 (julio 2020), pp. 113.

⁵⁸ Ampliamente sobre dicha jurisprudencia, ALARCÓN SOTOMAYOR, L “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo”, *cit.*, 5, 2.

los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia, la referida institución no puede, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar el derecho de defensa reconocido a la empresa. Así pues, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión”. De dicho párrafo parece deducirse que, aunque se puede solicitar documentación e información, no se puede obligar a dar respuestas (se supone que a preguntas formuladas por la Comisión) que pudieran ser “incriminatorias”.

De igual forma, en el asunto T-236/2001, Tokai Carbón v. Comisión, EUT: 2004:118, 402, se dice que “no puede reconocerse el derecho absoluto a guardar silencio, invocado por SGL para sostener que no estaba obligada a responder a ninguna solicitud de información. El reconocimiento de tal derecho excedería de lo que es necesario para preservar el derecho de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Comisión, de la misión de velar por el respeto de las normas sobre competencia en el mercado común. El derecho a guardar silencio sólo puede reconocerse a la empresa implicada en la medida en que se viera obligada a dar respuestas que implicaran admitir la existencia de la infracción cuya existencia debe ser probada por la Comisión”.

Sin embargo, posteriormente, de forma aparentemente contradictoria, sostiene que “para preservar el efecto útil del artículo 11 del Reglamento nº 17, la Comisión tiene la potestad de obligar a las empresas a que faciliten toda la información necesaria relacionada con hechos de los que puedan tener conocimiento y a que le presenten, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar la existencia de una conducta contraria a la competencia (véase la sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, citada en el apartado 402 supra, apartado 65, y la jurisprudencia citada”. Tal potestad “no es contraria ni al artículo 6, apartados 1 y 2, del CEDH (sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, antes citada” (párrafo 404).

Para explicarlo se dice que “el hecho de verse obligado a responder a las preguntas relativas únicamente a los hechos planteadas por la Comisión y satisfacer sus peticiones de presentación de documentos preexistentes no puede violar el principio de respeto del derecho de defensa o el derecho a un juicio justo, que ofrecen, en el ámbito del Derecho de la competencia, una protección equivalente a la garantizada por el artículo 6 del CEDH. En efecto, nada impide que el destinatario de una solicitud de información demuestre posteriormente, en el marco del procedimiento administrativo o durante un procedimiento ante el juez comunitario, *que los hechos expuestos en sus respuestas o los documentos comunicados tienen un significado distinto al que les ha dado la Comisión* (sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, citada en el apartado 402 supra, apartados 77 y 78)” (párrafo 406, cursiva nuestra)⁵⁹.

Dicho con otras palabras, para el TJUE no atenta contra el derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable el uso de compulsión para obtener información de la que pudieran extraerse conclusiones incriminatorias cuando la información obtenida pueda tener diversas intelecciones, en nuestras palabras, sea equívoca⁶⁰.

⁵⁹ En sentido semejante, entre otras, STJUE de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-247/99 P, C-250/99 a C-252/99 P y C-254/99 P (TJCE 2002, 283), Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión, EU:C:2002:582, 273 y ss.

⁶⁰ Tampoco parece oponerse al criterio de la equivocidad la más reciente jurisprudencia del TJUE. Así, en el asunto STJUE de 2 de febrero de 2021, asunto C-481/19, cuestión prejudicial en el contexto de un litigio entre DB y la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Italia) se

Más difícil puede resultar cohonestar la tesis de la equivocidad con la jurisprudencia del TEDH (especialmente caso *Weh*, párrafo 43⁶¹; *Chambaz c. Suiza* de 5 de abril de 2012, §§ 50 a 58⁶²). No obstante, algunas declaraciones del Tribunal pueden apuntalar el criterio defendido⁶³.

Como punto de partida, no puede olvidarse que el Tribunal Europeo no descarta la utilización de poderes de compulsión para la obtención de documentos que tengan existencia independiente de la voluntad del sujeto⁶⁴. De igual forma, el Tribunal sostiene que no toda medida desplegada para presionar a los particulares a fin de que entreguen información potencialmente incriminatoria debe ser interpretada como contraria al derecho⁶⁵.

sostuvo: “45. Habida cuenta de las argumentaciones expuestas en los apartados 35 a 44 de la presente sentencia, procede considerar que, entre las garantías que se derivan de los artículos 47, párrafo segundo, y 48 de la Carta, y tienen la obligación de respetar tanto las instituciones de la Unión como los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión, figura, en particular, el derecho a guardar silencio de una persona física «acusada» en el sentido de la segunda de estas disposiciones. Este derecho se opone, en particular, a que una persona física sea sancionada por su negativa a dar a la autoridad competente con arreglo a la Directiva 2003/6 o al Reglamento n.º 596/2014 respuestas de las que pueda resultar su propia responsabilidad por una infracción que conlleve sanciones administrativas de carácter penal o su responsabilidad penal”.

De igual forma, en relación con las personas jurídicas en el mismo asunto *STJUE* de 2 de febrero de 2021, se sostuvo, por una parte, (§ 46) que “se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión*, 374/87, EU:C:1989:387, apartado 34; de 29 de junio de 2006, *Comisión/SGL Carbón*, C-301/04 P, EU:C:2006:432, apartado 41, y de 25 de enero de 2007, *Dalmine/Comisión*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, apartado 34). Sin embargo, a continuación, se dice (§ 47): «en este contexto, el Tribunal de Justicia también ha declarado que no se puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de tal infracción”. Es decir, por una parte, se puede obligar a entregar material que se puede usar como prueba de cargo, para después afirmar que no se puede obligar a dar respuestas inequívocamente autoincriminatorias. De ambos extremos deducimos la compatibilidad de nuestra propuesta que se extendería también a la documentación inequívocamente incriminatoria.

⁶¹ Pese a lo cual parece apoyar la tesis de la inequívocidad, la sentencia *Weh* contra Austria, en la medida en que en ella se sostiene que el mero riesgo concreto de que vaya a abrirse un procedimiento penal que guarde relación con la entrega de información (§ 56) determina la operatividad del derecho a no autoincriminarse. Luego si no hay tal riesgo concreto, como acaece en los casos de información equívoca, no operaría el derecho.

⁶² Vid. la comparación, y explicación, de las divergencias ALARCÓN SOTOMAYOR, L “Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo”, *cit.*, 6. Pone de relieve la escasa compatibilidad entre la jurisprudencia de los dos tribunales europeos, GARCÍA BERRO, F.: “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo...”, *cit.*, especialmente, 3.2. Vid. la distorsiones a las que puede conducir las diversas posiciones del TEDH y el TJUE: NIETO MARTÍN, A. BLUMENBERG, A., “*Nemo tenetur se ipsum accusare...*”, *cit.*, pp. 400-402; especialmente interesante resulta su conclusión, lo que no cabe para el TEDH es modular el derecho sobre la base de un hipotético estado de necesidad probatorio debido a la complejidad de un determinado grupo de casos; no cabe, pues, recortar el derecho por medio de una ponderación de los intereses en juego (p. 403).

⁶³ Parece discrepar del criterio del texto por incompatible con la jurisprudencia del TEDH, GALBE TRAVER, G.: “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse”, *cit.*, p. 8; por el contrario, sostiene que la jurisprudencia del TEDH no ha sido prístina en este punto lo que permite compatibilizar la postura expresa en el texto con su jurisprudencia (ESCOBAR VEAS, J., “Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios”, *cit.*, p. 50).

⁶⁴ En la citada *STEDH* de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. el Reino Unido*, § 69), pone de relieve: “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.

⁶⁵ Vid. *STEDH*, *Allen V. United Kingdom*, 10 de septiembre de 2002: “The Court notes that in this case the applicant does not complain that the information about his assets which he gave the Inland Revenue was used against him in the sense that it incriminated him in the commission of an offence due to acts or omissions in which he had been involved prior to that moment. His situation may therefore be distinguished from that of the applicant in *Saunders* (judgment cited above). Nor was he prosecuted for failing to provide information which might incriminate him in pending or

A partir de ahí, puede resultar crucial *O'Halloran y Francis c. Reino Unido*, STEDH de 29 de junio de 2007, donde se enjuiciaba, por una parte, un caso en el que al demandante se le solicitó indicar el nombre y dirección completo de la persona que se encontraba al volante en el momento de la infracción o presentar cualquier otra información en su poder susceptible de conducir a la identificación del conductor. Se le recordaba que en virtud del artículo 172 de la ley de 1988 sobre circulación vial, la ausencia de comunicación de la información solicitada era constitutiva de delito; el actor confirmó que era él mismo el conductor. En la sentencia, § 53, se lee: "It is true, as pointed out by the applicants, that in all the cases to date in which "direct compulsion" was applied to require an actual or potential suspect to provide information which contributed, or might have contributed, to his conviction, the Court has found a violation of the applicant's privilege against self-incrimination".

Pese a todo, se deja una puerta abierta, al decir a continuación: "It does not, however, follow that any direct compulsion will automatically result in a violation. While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case".

Sin embargo, posteriormente, en el § 60, se lee: "Again, as noted in the case of *Brown v. Stott*, the identity of the driver is only one element in the offence of speeding, and *there is no question of a conviction arising in the underlying proceedings in respect solely of the information obtained as a result of section 172(2)(a)*"⁶⁶.

En definitiva, se excluye la posibilidad de una condena si ésta se apoya exclusivamente en la información proporcionada por el infractor. *A contrario sensu*, debe llegarse a la conclusión de que si la condena se apoyase no sólo en los datos proporcionados por el sujeto concernido, sino en información complementaria obtenida de otras fuentes, la garantía no estaría afectada, en la línea aquí sugerida.

3.2.3. Tratamiento de los casos de negativa a entregar información inequívocamente incriminatoria

La posición expresada no está libre de problemas prácticos en los reducidos casos en los que la Administración llegue a la conclusión de que se le ha negado cierta documentación y ello haya sido por las razones antes expuestas (es inequívocamente incriminatoria). Si en tales circunstancias se abre un procedimiento penal o administrativo punitivo por dicha negativa, las posibilidades son las siguientes.

anticipated criminal proceedings, as in the cases of *Funke*, *Heaney and McGuinness* and *J.B.* (*Funke v. France* judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-A; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, ECHR 2000-XII; *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III). The applicant was charged with and convicted of the offence of making a false declaration of his assets to the Inland Revenue. In other words, he lied, or perjured himself through giving inaccurate information about his assets. This was not an example of forced self-incrimination about an offence which he had previously committed; it was the offence itself. It may be that the applicant lied in order to prevent the Inland Revenue uncovering conduct which might possibly be criminal and lead to a prosecution. However, *the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities. Furthermore, not every measure taken with a view to encouraging individuals to give the authorities information which may be of potential use in later criminal proceedings must be regarded as improper compulsion* (see the above-mentioned *John Murray v. the United Kingdom* judgment, § 46)" (cursiva nuestra). En semejante sentido vid. *Savic v. Austria*, 15 de septiembre de 2020, § 22.

⁶⁶ La traducción oficial puede ser significativa: "Una vez más, como se indica en el asunto *Brown contra Stott*, la identidad del conductor no es sino uno de los elementos constitutivos de la infracción por exceso de velocidad, y *está excluido que se dicte una condena en un procedimiento basándose exclusivamente en informaciones obtenidas a través del artículo 172.2a)*" (cursiva nuestra)."

- A) El inspeccionado no la entrega y asume la punición por falta de colaboración.
- B) El inspeccionado entrega la documentación incriminatoria en el subsiguiente procedimiento iniciado con ocasión de la negativa, acreditando de esa manera que actuaba amparado por el ejercicio legítimo del derecho a no autoincriminarse. Evidentemente, en tal caso, el problema que surge es, de nuevo, si, una vez que la Administración tiene esa información en su poder, puede emplearla o trasladarla al Ministerio Fiscal o Juzgado de Instrucción para punir la infracción de fondo (o, si se trata de la jurisdicción penal, si puede emplearse la información en un ulterior procedimiento penal, por ejemplo, por delito fiscal). En tal caso, nos enfrentamos a una especie de callejón sin salida. Si el sujeto entrega la información y ésta no se puede utilizar en un ulterior procedimiento punitivo, estaríamos ante un cauce relativamente fácil para obtener un salvoconducto que dificulte muy seriamente las posibilidades de sancionar la conducta punible de fondo (por ejemplo, una defraudación tributaria o el tráfico de drogas). Por el contrario, si el sujeto la entrega y se puede utilizar dicha información, finalmente, cabría sostener que por un cauce indirecto se estaría obligando al concernido a autoincriminarse.

En tal tesitura, nos inclinamos por pensar que, si el sujeto decide entregar documentación (en el procedimiento iniciado por la obstaculización de la actividad inspectora), aun cuando el procedimiento penal o administrativo tenía por objeto sancionar una objetiva falta de colaboración, no presionar para obtener información, permanecería la actividad constrictiva del Estado. Por consiguiente, no sería lícito emplear la información así obtenida como prueba en un ulterior procedimiento penal o administrativo.

Obviamente, la cuestión se plantearía en iguales términos si, ante la negativa del sujeto a entregar información por las razones expuestas, se opta por multas coercitivas, las cuales, inequívocamente tienen por finalidad obtener información.

3.3. Segundo mecanismo: limitación del alcance del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio en los casos en los que no haya amenaza de sanción expresa

Una segunda forma de salvar la información autoincriminatoria obtenida por la Administración cara a un ulterior procedimiento punitivo diferenciado del inspector consistiría en que cuando aquélla ejerza sus labores inspectoras, y requiera documentación o efectúa preguntas de cualquier índole, no utilice amenaza alguna de sancionar. La amenaza implícita de punir si no se colabora, no debería bastar para entender que la información se ha obtenido constriñendo al inspeccionado. En palabras del Tribunal Constitucional (STC 21/2021 de 15 de febrero, FJ 5 a): “En punto a su contenido y alcance, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma de modo constante que la garantía de no autoincriminación no protege frente a las aportaciones autoinculpatórias *per se*, sino contra la obtención de estas pruebas con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada”. Luego, ausente la compulsión, no hay lesión⁶⁷. La amenaza subyacente de un procedimiento por no colaborar no parece suficiente para invalidar la

⁶⁷ Vid. también A. PICÓN ARRANZ, A., “El derecho a la no autoincriminación...”, *cit.*, p. 382.

información obtenida cara a un procedimiento anterior, simultáneo o posterior de naturaleza sancionatoria. Entiendo que dicha conclusión se desprende de la exigencia de valoración del grado de coerción inherente a la situación, la cual habrá de llevarse a cabo para determinar si se violó el derecho que nos ocupa⁶⁸. Mal puede decirse, por ejemplo, que hubo tal coerción por omisión.

El precio sería asumir la posibilidad de un error de prohibición, seguramente un error de prohibición indirecto, en concreto un error sobre el alcance o los límites de una causa de justificación: el sujeto cree que se encuentra amparado por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a no autoincriminarse, cuando no es así⁶⁹. Sin embargo, se trata de un riesgo menor si se tiene en cuenta dos ideas.

Por una parte, las reglas de la carga de la prueba, toda vez que, como causa de exclusión de la culpabilidad, le corresponde acreditarlo a quien lo alega; y será excepcional el que se pueda demostrar suficientemente que no se sabía que la no colaboración era punible.

Por otra, aun cuando se pudiera acreditar que se trata de un error de prohibición relevante, lo normal será que sea vencible, lo que impedirá la impunidad, de acuerdo con la regla del art. 14.3 CP. Lo expresado es válido si como consecuencia de la falta de colaboración se abre un procedimiento sancionador administrativo, toda vez el error de prohibición debe entenderse como operativo en Derecho administrativo sancionador⁷⁰.

4. EXCURSO: EL CASO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No puede cuestionarse que el deber de colaborar alcanza también a las personas jurídicas, de forma que, singularmente cuando son requeridas para entregar documentación, tienen el deber jurídico de hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad (que con el derecho español vigente es exclusivamente administrativa, toda vez que el delito del artículo 294 CP no es imputable a las personas jurídicas).

Paralelamente debemos asumir que las personas jurídicas sí que son titulares del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio⁷¹. Sería el correlato lógico de su condición de sujeto

⁶⁸ Vid. SSTC 127/2000 de 16 de mayo, FJ 4: "como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 8 de febrero de 1996, caso Murray, § 46 y ss.), sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter absoluto o no del derecho a guardar silencio, a los efectos del examen de la concurrencia de este derecho habrá de tomarse en consideración el "conjunto de circunstancias del caso" y "el grado de coerción inherente a la situación". En igual sentido, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7.

⁶⁹ De forma dominante se entiende que dicho error es un error de prohibición: al respecto, por todos, JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, § 41, III; ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. 2008, T. I, § 14, 78.

⁷⁰ Por todos, GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, I.: *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 4ª ed., 2017, Cap. 18.7.

⁷¹ Tal derecho se reconoce en el marco del proceso penal por la Ley. Así, el artículo 786 bis LECr dispone: "1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio". A nivel constitucional, parece haberse llegado a tal conclusión, *obiter dicta*, en las SSTC 18/2005 y 68/2006. En la primera (FJ 3), se dice: "...sin que, por otro lado, conste que la entidad de la que el recurrente en amparo era Presidente y Consejero-Delegado invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable"; en la misma línea, vid. AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E.: "El contenido del derecho a no autoincriminarse...", *cit.* p. 1400, quienes citan, la STJUE caso Orkem contra Comisión; ARANGÜENA FANEGO, C. «El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance», *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, 2019, p. 441 y *passim*; SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a no autoinculparse en

pasivo de un procedimiento punitivo, coherente con los vínculos de este derecho con el de presunción de inocencia, inequívocamente reconocido a las entidades⁷².

Sin embargo, como es claro, por una parte, no pueden ejercitarlo por sí mismas, por lo que la cuestión que se plantea es quién puede ejercer ese derecho en nombre de la persona jurídica⁷³. Por otra, lo cierto es que el derecho a la no autoincriminación no otorga cobertura cuando lo obtenido sea información heteroincriminatoria, y no autoincriminatoria⁷⁴. Por consiguiente, en la medida en que la persona jurídica no actúa por sí misma, siempre cabe la tentación de excluirla materialmente del ámbito del derecho con el argumento de que lo entregado, por ejemplo, por su representante legal, fue información concerniente a la persona jurídica y no a él personalmente. De seguir tal criterio, no existiría obstáculo alguno para utilizar la información como material probatorio en un procedimiento punitivo. Seguramente, dicha perspectiva implique una restricción injustificada del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio cuando de personas jurídicas se trata. La cuestión se desplaza, pues, a determinar quién puede ejercer el derecho en nombre de la entidad.

Como punto de partida, no cabe duda de que debe incluirse a aquellos sujetos formalmente autorizados para actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica, sus administradores o representantes legales, en la medida en que son el *alter ego* de la sociedad⁷⁵. En ese sentido, cuando éstos, por ejemplo, guardan silencio, puede decirse que es la sociedad misma la que lo hace; si quienes se niegan a entregar la información son los

materia tributaria», *Crónica Tributaria* 162/2017. Dicho derecho se extiende al procedimiento administrativo sancionador (vid., por todas, STC 54/2015 de 16 de marzo, FJ 7). En el proceso penal en sentido estricto, por todos, vid. la información que proporciona HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: "¿Derecho de las personas jurídicas a no autoincriminarse?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 64, 2015, pp. 224 y ss.

⁷² La jurisprudencia europea resulta particularmente confusa. Así, en el caso DB y Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), de 2 de febrero de 2021, el asunto C-481/19, se vierten afirmaciones aparentemente contradictorias La jurisprudencia del TJUE en la materia, no contribuye a la claridad; por un lado se dice, que se puede obligar a una empresa a facilitar información y documentos. Así, en el parágrafo 46: se lee: "*se puede obligar a la empresa implicada a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si estos pueden servir para probar, en particular respecto de la propia empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia* (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, EU:C:1989:387, apartado 34; de 29 de junio de 2006, Comisión/SGL Carbón, C-301/04 P, EU:C:2006:432, apartado 41, y de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, C-407/04 P, EU:C:2007:53, apartado 34)". Sin embargo, inmediatamente después (parágrafo 47) se sostiene lo contrario: "el Tribunal de Justicia también ha declarado que no se puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de tal infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, EU:C:1989:387, apartado 35, y de 29 de junio de 2006, Comisión/SGL Carbón, C-301/04 P, EU:C:2006:432, apartado 42)" (subrayado nuestro).

⁷³ Así, en Alemania, se ha sostenido que el derecho en el caso de las personas jurídicas sólo puede ser ejercido a través de sus representantes legales: ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., vor 133 ff., 155, lo que no alcanza ni a quienes han dejado de serlo, ni al resto de su personal. Se trataría de un derecho de configuración legal derivado del § 30 OWiG, pero no de la misma Constitución, lo que, sin embargo, se dice, podría plantear problemas desde la perspectiva del principio de igualdad y desde el punto de vista de la idea de Estado de Derecho mismo (ibid.). La misma posición se ha mantenido en España. A respecto, vid., por ejemplo, MAZA MARTÍN, J. M.: "Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Diario LA LEY*, 7626, 2011, p. 5; NEIRA PENA, A. M., "La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español" en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1, 2014, p. 174.

⁷⁴ En el ámbito del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas, cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa...*, cit., p. 102. En la STC 68/2006 de 13 de marzo, FJ 6, con cita de la STC 18/2005, se indicó: "hemos de concluir que "no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo" (FJ 4)" (en un caso en el que la pretendida coerción se ejerció sobre una persona jurídica y la condenada fue una persona física)

⁷⁵ Ampliamente, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2ª ed.), 2015, Cap. 6.5, pp. 87 y ss.

representantes legales o los administradores formalmente autorizados para actuar en nombre de la persona jurídica, es ésta misma la que ejerce su derecho⁷⁶.

Más dudas pueden presentarse en el caso de que quien pretenda ejercer el derecho por la entidad sea un directivo o mando intermedio. Nos inclinamos por entender que también pueden hacerlo por múltiples razones⁷⁷.

En primer lugar, porque en las grandes estructuras societarias contemporáneas no puede exigirse razonablemente que dicha decisión sea adoptada siempre y en todo caso por quien formalmente ostenta un poder formal para actuar en nombre de la entidad.

En segundo lugar, porque en el sistema español de responsabilidad penal también tales mandos intermedios pueden tener capacidad para comprometer a la persona jurídica⁷⁸. Luego si con su actuación pueden determinar la responsabilidad punitiva de la empresa, lo razonable es entender que también con su actuación pueden ejercer los derechos de ésta, singularmente los vinculados a su defensa penal o administrativa; si pueden tomar decisiones que pueden perjudicar a la entidad, deben tenerla para tomar decisiones que la pueden beneficiar, como es en el caso concreto el ejercicio de un derecho constitucional.

En tercer lugar, puede ser significativo que la jurisprudencia venga entendiendo que dichos mandos intermedios sí tienen capacidad para autorizar la entrada y registro del domicilio de la persona jurídica⁷⁹. Por lo tanto, si se entiende que están autorizados para ejercer otros derechos, también lo están para ejercer éste⁸⁰.

⁷⁶ De hecho, todos los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas tienen en común un punto: cuando los actuantes son el *alter ego* de la sociedad, esto es, sus administradores o representantes legales formalmente cualificados para actuar en nombre de ésta, se desencadena la responsabilidad penal de la organización (ibid. GÓMEZ TOMILLO, M.). Si ello es así para comprometer a la entidad, debería ser igual para ejercer sus derechos. Por consiguiente, en la medida en que la persona vinculada con la entidad en el sistema de referencia pueda determinar su responsabilidad, debería poder guardar silencio en nombre o por cuenta de la persona jurídica. La cuestión es que, en el sistema español, cualquier persona física vinculada con la persona jurídica puede comprometer a ésta. Vid., asimismo, la citada STC 18/2005 y 68/2006, FJ 3.

⁷⁷ Entiendo que en el mismo sentido, por ejemplo, GONZÁLEZ LOPEZ, J.J., "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa" en *Revista Jurídica de Castilla y León* 40, 2016, p. 30.

⁷⁸ Superflua la cita del artículo 31 bis CP. En lo que a la cuestión de la capacidad de los mandos intermedios de comprometer a la persona jurídica, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cit.*, Cap. 6.6.2.

⁷⁹ Normalmente se acepta la validez del consentimiento del mando intermedio siempre y cuando se encuentren al frente de la dependencia en la que va a tener lugar la diligencia; así, vid. Sentencia del TSJ de Cataluña nº 231 /2009, de 3 de marzo, Rec. nº 240/2008, FJ 1: "el acceso debe ser permitido por la persona de la cual en ese momento depende el mismo, no por el representante legal ni por los administradores, y la Inspección debe ser atendida por cualquiera de las personas encargadas o responsables de los lugares donde se personen los funcionarios cuando ello se produce sin previa comunicación (artículo 173 del RD 1.065/2007)". En la doctrina, ECHARRI CASI sostiene en el ámbito penal que deberá ser el representante legal de la misma el que lo otorgue válidamente, pudiendo ser suficiente el del responsable o directivo que esté a cargo de la dependencia de que se trate (ECHARRI CASI, F.J.: "La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales" en *Diario La Ley* n. 8260, 27 de febrero de 2014, p. 7); GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Proceso penal y persona jurídica, cit.*, p. 118. Sin embargo, la cuestión no es inequívoca. En alguna otra sentencia parece optarse por el criterio contrario. Así, en la STSJ de Asturias, 197/2010, de 26 de febrero, Rec. nº 1162/2009, FJ 5, sostiene que "el consentimiento debe ser dado por el titular o responsable de la sociedad, no por un empleado administrativo por muy importantes funciones que desarrolle en la misma, si como es el caso aquel no ostenta la representación legal de la misma, ni ejerce labores de dirección o administración como pudieran suponerse a quien detentara cargos como el de Presidente, Director general, Gerente, Administrador, Director de Departamento, Consejero o miembro del Consejo de Administración u órgano de administración equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa".

⁸⁰ Significativo en este contexto el artículo 588 sexies.5 LECR: "Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de

Por último, más complicado se presenta la cuestión en cuanto a los trabajadores carentes en abstracto de poder de decisión. Éstos también pueden comprometer penalmente a la persona jurídica, por lo que, aplicado el mismo argumento, deberían poder ejercer el derecho a no autoincriminarse en nombre de aquélla. Sin embargo, no es menos cierto que para que un trabajador sin poder de decisión comprometa a la persona jurídica, deben darse una serie de requisitos superiores que en el caso de personal de dirección, especialmente que se haya incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre ellos (art. 31 bis.1 b) CP)⁸¹.

La conclusión que alcanzamos es que aun cuando el derecho lo es a entregar información autoincriminatoria, no heteroincriminatoria, debe entenderse que cualquier directivo -representante legal, administrador o directivo intermedio- puede ejercer el derecho por la entidad misma, sin que quepa excluirlo por el hecho de no verse afectado personalmente por ello. Lo contrario equivaldría a negar el derecho a no autoincriminarse a las entidades que no pueden actuar por sí mismas. Por consiguiente, no cabría sancionarlos penal o administrativamente por la falta de colaboración⁸² (como tampoco a la entidad misma), al tiempo que la compulsión ejercida sobre ellos cierra el paso a que se pueda emplear dicho material en un procedimiento posterior, singularmente, conforme a la tesis aquí defendida, cuando dicho material tenga un contenido inequívocamente incriminatorio.

CONCLUSIONES

Primera: No es posible cerrar el paso al ejercicio de compulsión en procedimientos de inspección o supervisión administrativa. La información obtenida en tal caso puede utilizarse en procedimientos que carezcan de carácter sancionador de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y TEDH.

Segunda: Si se cierra el paso por completo a la posibilidad de sancionar utilizando la información obtenida con compulsión los administrados no estarían incentivados a cumplir con el ordenamiento jurídico, puesto que tan sólo se arriesgan a tener que cumplirlo si son descubiertos.

Tercera: Una primera solución para limitar los indeseables efectos de una excesiva extensión del derecho a no autoincriminarse consiste en entender que tal derecho tan sólo cubre la negativa a entregar información inequívocamente autoincriminatoria, esto es, la que no requiera de una valoración compleja, por ejemplo, a través de una pericia, o de la aportación de información complementaria. En caso de entrega, aquélla no podría ser empleada en procedimientos punitivos, penales o administrativos. Dicha solución se estima compatible con la jurisprudencia constitucional española, la del TJUE y, con más dificultad, con la del TEDH.

la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional”.

⁸¹ Por otra parte, en la STS de 23 de abril de 2010, Sala tercera, rec. 4888/2006, FJ 2, no consideró válido el consentimiento prestado por un trabajador ni por un encargado de obra para una entrada y registro

⁸² Obviamente asumimos que el ejercicio legítimo de un derecho no puede determinar consecuencias negativas y, en particular, sancionadoras; vid. como la jurisprudencia viene afirmándolo en el campo que nos ocupa en numerosas sentencias: (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7, 75/2007 de 16 de abril, FJ 7, etc.), o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En Alemania, vid. GÖHLER, E.: *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., § 55, 10. En el sentido del texto, vid. SIMÓN CASTELLANO, P., “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica. Reflexiones en torno al caso BBVA – Villarejo”, en *Diario La Ley*, 9691, 2020, IV.

Cuarta: Alternativa o cumulativamente, se propone prescindir en los procedimientos de inspección de la amenaza de sanción, asumiendo el mínimo riesgo de que se pueda incurrir en error de prohibición indirecto por parte del inspeccionado.

Quinta: En el caso de las personas jurídicas, cualquier directivo -representante legal, administrador o directivo intermedio- puede ejercer el derecho por la entidad misma, sin que quepa excluirlo por el hecho de no verse afectado personalmente por ello. Lo contrario equivaldría a negar el derecho a no autoincriminarse a las entidades que no pueden actuar por sí mismas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUALLO AVILÉS, A.: "Aproximación al contenido constitucional de los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse: una interpretación constitucional de las SSTC 110/1984 y 76/1990", *Quincena Fiscal Aranzadi* 21/2003

AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E.: "El contenido del derecho a no autoincriminarse: en especial divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Estudios Jurídicos en memoria de César Albiñana García-Quintana*, 2008, vol. 2

AGUALLO AVILÉS, A.; GARCÍA BERRO, F.: "El deber de colaborar con la administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse. Un análisis crítico de la cuestión a la vista de la jurisprudencia europea y norteamericana", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 1, 2001

ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, 2007

ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: "El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas", en *Función inspectora*, INAP y Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, Díez Sánchez, J. J. (Coord.), 2013

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los derechos de defensa de las personas jurídicas privadas en el derecho europeo. en particular, la garantía de no autoincriminación de las empresas en competencia", *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, pro manuscrito

ARANGÜENA FANEGO, C. «El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance», *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, 2019

BANACLOCHE PALAO, J.: "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable", *Cuadernos de Derecho Público* 10, 2000

ECHARRI CASI, F.J.: "La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales", *Diario La Ley* n. 8260, 27 de febrero de 2014

- ESCOBAR VEAS, J., “Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34 (julio-diciembre 2021). <https://doi.org/10.7764/redae.34.2>
- ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN, B., “La reforma operada por LO 2/2019, de 1 de marzo, en materia de seguridad vial: una involuntaria protección penal de la indemnización civil”, en *Derecho penal 2020, colección Actualidad Derecho penal*, Valencia, 2020
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Granada, 2002
- GALBE TRAVER, G.: “Cuatro tesis sobre el derecho a no autoincriminarse y los requerimientos documentales”, *La Ley* 4156/2020
- GARCÍA BERRO, F.: “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno”, *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Proceso penal y persona jurídica*, 2012
- GÖHLER, E.: *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16 Auf., 2012
- GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2ª ed.), 2015
- GÓMEZ TOMILLO, G.: *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados*, 2019
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Delito fiscal y deber de denuncia administrativo” en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT CEF)* Núm. 448 (julio 2020)
- GÓMEZ TOMILLO, M.; SANZ RUBIALES, I.: *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 4ª ed., 2017
- GONZÁLEZ LOPEZ, J.J.: “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 40, 2016
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: «Los derechos de los sujetos pasivos de la inspección en el Derecho comunitario de la competencia», *Derechos fundamentales y otros estudios. Homenaje al Profesor Dr. Lorenzo Martín Retortillo Baquer*, vol. I, 2008
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 64, 2015. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000100007>
- JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002
- MAZA MARTÍN, J. M., “Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, 7626, 2011

- NEIRA PENA, A. M., “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1, 2014. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532014000100005>
- NIETO MARTÍN, A.; BLUMENBERG, A., “Nemo tenetur se ipsum accusare en el derecho penal económico europeo», *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, 2010
- PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, Madrid, 2008
- PALAO TABOADA, C., “El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario: una revisión”, *Revista Española de Derecho Financiero* 159, 2013
- PALOMAR OLMEDA, A., “Utilización de datos tributarios a efectos no administrativos no tributarios: la STS de 22 de diciembre de 2021 (1)”, *Diario La Ley*, Nº 10002, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2022
- PICÓN ARRANZ, A., “El derecho a la no autoincriminación en el procedimiento administrativo sancionador: un estudio a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Estudios Europeos*, volumen 79, enero-junio (2022). <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.367-388>
- REBOLLO PUIG, M., “Potestades inspectoras y sancionadoras”, en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, 2014
- REBOLLO VARGAS, R., “El derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a estar presente en juicio: análisis y pautas interpretativas sobre algunas cuestiones de la directiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016”, *Cuadernos de Política Criminal*, 128, II, septiembre 2019
- RODRÍGUEZ OLIVEIRA, Víctor GABRIEL y GOMES, Ana Cristina (2022), La delación premiada frente a la prohibición de proporcionar prueba contra sí mismo: comparación entre América Latina y España, en: *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, 188, Fevereiro de 2022
- ROGALL, K.: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band II, 4 Auf., 2010
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. 2008, T. I
- SIMÓN CASTELLANO, P., “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica. Reflexiones en torno al caso BBVA – Villarejo”, en *Diario La Ley*, 9691, 2020
- SUAY RINCÓN, J. “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador” *RAP* 123 (1990)