

IMPUTACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y DERECHO A LA NO COLABORACIÓN ACTIVA¹

INCRIMINATION OF LEGAL PERSONS AND RIGHT TO NON-ACTIVE COLLABORATION

Juan José González López

Letrado Jefe. Asesoría Jurídica de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos

RESUMEN

El objeto del presente estudio es examinar las implicaciones que la imputación de personas jurídicas al amparo del régimen incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supone desde la óptica del derecho que hemos dado en llamar «a la no colaboración activa». Con esta finalidad, se realiza un análisis y reflexión sobre el alcance de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, previstos en el artículo 24.2 de la Constitución Española y que se han englobado en la denominación genérica «derecho a la no autoincriminación», para, seguidamente, abordar la problemática concreta que plantea su reconocimiento a las personas jurídicas

Palabras clave: *Personas jurídicas; responsabilidad penal; imputación; autoincriminación; colaboración activa; representante.*

¹ El presente artículo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D «El proceso penal contra empresas» (DER2011-27825).

Juan José González López

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the implications of the imputation of legal persons, incorporated into our legal system by Organic Law 5/2010, which modifies Organic Law 10/1995 (Penal Law), from the perspective of right we call «non-active collaboration». To this purpose an analysis and reflection on the scope of rights not to testify against oneself and not to confess guilt under article 24.2 of the Spanish Constitution, encompassed in the name «right against self-incrimination», is made, to, then, address the specific issues raised by its recognition to legal persons.

Keywords: *Legal persons; criminal responsibility; incrimination; self-incrimination; active collaboration; representative.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL DERECHO A LA NO COLABORACIÓN ACTIVA.
 - 2.1. Aproximación inicial: derecho al silencio inocuo.
 - 2.2. Aplicación a la aportación de elementos probatorios distintos de las declaraciones.
 - 2.3. Delimitación del tipo de colaboración comprendida en el derecho.
 - 2.4. Carácter procesal.
3. RECONOCIMIENTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Abreviaturas

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es examinar las implicaciones que la imputación de personas jurídicas al amparo del régimen incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supone desde la óptica del derecho que hemos dado en llamar «a la no colaboración activa». Con esta finalidad, se realiza un análisis y reflexión sobre el alcance de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable previstos en el artículo 24.2 CE y que se han englobado en la denominación genérica «derecho a la no autoincriminación», para, seguidamente, abordar la problemática concreta que plantea su reconocimiento a las personas jurídicas.

Sin perjuicio de las dificultades específicas que suscita la articulación del respeto a los derechos indicados con el particular modo de configuración de la voluntad y actuación de las personas jurídicas frente a las personas naturales, la extensión de tales garantías de dichos sujetos al orden penal está llamada a reanimar el debate, nunca extinto, acerca de estas en el ámbito administrativo². Es preciso, por ello, un estudio sistemático que permita cohonestar los planteamientos dogmáticos en ambos órdenes como punto de partida de una adecuada configuración normativa y jurisprudencial de su despliegue en lo tocante a la investigación y enjuiciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. EL DERECHO A LA NO COLABORACIÓN ACTIVA

Empleamos en el título del epígrafe una denominación novedosa y propia (el derecho a la no colaboración activa) para referirnos al derecho que la doctrina y la jurisprudencia acostumbra nombrar como «derecho a la no autoincriminación».

² Así lo apunta la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010: «La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme al artículo 31 bis del Código Penal puede reavivar el viejo debate alimentado por quienes, partiendo de la alegación de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas, consideran que el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas, resulta muy discutible. Desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el ius puniendi estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación».

En realidad se trata de una síntesis de dos derechos proclamados de forma independiente en el artículo 24.2 CE: el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a no confesarse culpable. La aplicación de estos derechos plantea un conflicto con el deber de colaboración, también previsto constitucionalmente (artículo 118)³.

2.1. APROXIMACIÓN INICIAL: DERECHO AL SILENCIO INOCUO

Al respecto, se ha apuntado como elemento diferencial de ambos derechos el que el primero (el derecho a no declarar contra uno mismo) implicaría el derecho a no declarar en absoluto, en tanto el segundo (el derecho a no confesarse culpable) supondría el derecho a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, pero con la aceptación del silencio sobre aquellas cuestiones que pudieran conllevar incriminación⁴. En realidad, aunque se advierte de una dimensión positiva en este último, lo cierto es que el contenido propio del derecho es omisivo en ambos casos, ya que lo que se ampara es el derecho al silencio, sea total o parcial⁵.

La conducta pasiva garantizada por ambos derechos hace adecuada su subsunción en el «derecho al silencio», aunque con un matiz de gran importancia⁶. El valor de los derechos enunciados no se agota en el reconocimiento del silencio como posición procesal, posibilidad admitida también en la legislación procesal civil (artículo 307.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), sino en el significado neutro que se atribuye al silencio, esto es, en la exclusión de la *facta confesio* o eventual valor incriminatorio de la ausencia de declaración⁷. Es por ello que la expresión «derecho al silencio», sin añadidos que la complementen, resulta insatisfactoria. Sería más apropiado aclarar que el derecho lo es al silencio «inocuo», esto es, no susceptible de surtir efectos en contra de quien se sirve de él⁸.

³ SERRANO ZARAGOZA, O., «Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal», *Diario La Ley* núm. 8415, 6 de noviembre de 2014, pp. 4 y 5.

⁴ BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable», *Cuadernos de Derecho Público* núm. 10, 2000, p. 193.

⁵ Así, en HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley* núm. 7427, 18 de junio de 2010, p. 13, se sostiene que «*Tal derecho-marco implica, entre otros, los derechos de la persona acusada al silencio y a no responder a alguna (derecho al silencio parcial) o a todas las preguntas (derecho al silencio total) que se le formulen y a no declararse culpable*».

⁶ En el «derecho al silencio» se engloban en HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 297.

⁷ BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 193.

⁸ En este sentido, en ROLES, P. J., *The privilege against self-incrimination. Nemo tenetur prodere seipsum: misinterpreted and misapplied*, Lap Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2010, p. 76, se distingue entre «*privilegio contra la autoincriminación*» y «*derecho al silencio*» en atención a que el primero exige

Juan José González López

Aparentemente se persigue permitir al investigado una actitud omisiva o abstencionista que no redunde en su perjuicio y, en definitiva y como correlato lógico de esa actitud, excluir cualquier obligación del sujeto pasivo procesal de emitir declaraciones que vayan en su contra y, más en particular, de confesar su culpabilidad. De ahí que se califique el derecho como «derecho a la no autoincriminación»⁹. Se admite el silencio «inocuo» como medio de evitar que el investigado pueda verse compelido a inculparse.

La determinación de lo que ha de entenderse por compulsión constituye ya una primera piedra de toque del derecho, pues se relaciona con la fundamentación de este. Si bien es pacífica la jurisprudencia que identifica como conducta interdicha por el artículo 24 CE la coerción directa o indirecta, no parece tan claro el rechazo del engaño como medio de obtención de confesiones. Así, en el caso de las infiltraciones policiales, aunque se advierte que la labor del agente encubierto se apoya en el engaño del testigo o investigado, se excluye la afección a los derechos a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable con apoyo en la justificación del engaño propia de la medida y su legitimación legal¹⁰. De acuerdo con esta concepción, que compartimos, el «derecho al silencio» ampararía frente a la compulsión (violencia, intimidación u otras formas de compulsión) dirigidas contra la voluntad consciente y libre, pero no frente a la sujeción a engaño. El motivo radica en la conexión que se establece entre los derechos contemplados en el artículo 24.2 CE y la obligación a que se somete al sujeto¹¹. Si no se obliga a declarar o a confesar, sea mediante coerción directa o indirecta, no se vulneran tales derechos¹². En principio, y a salvo la matización que expondremos, el engañado no es obligado a declarar o a confesar, sino que lo hace espontáneamente aunque bajo los efectos del dolo. Ese engaño debe, sin embargo, legitimarse autónomamente, pues entraña una clara restricción del derecho a la autodeterminación informativa,

apreciar judicialmente si concurre riesgo de autoincriminación en las respuestas que pueda ofrecer el testigo, y el segundo se limita al silencio, sin excluir inferencias judiciales de este.

⁹ En NIETO GARCÍA, A., «*Nemo tenetur se ipsum accusare*» en el Derecho Penal económico europeo», DÍEZ-PICAZO, L.M.⁸ y NIETO MARTÍN, A. (directores), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 397, se diferencian el «derecho a guardar silencio» y el «derecho a no colaborar».

¹⁰ Así se observa en DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad organizada: (comentarios a la LO 5/9, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 97, y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001, pp. 242 y 243.

¹¹ En este sentido, se afirma en ROLES, P. J., *The privilege...*, cit., p. 84, que «la aplicación del privilegio contra la autoincriminación depende de la presencia de un elemento de compulsión».

¹² Compartimos, por ello, la admisibilidad desde el punto de vista del derecho a la no colaboración activa de la toma de muestras de ADN abandonadas por el imputado, siempre que el abandono sea espontáneo, aunque se halle detenido por un motivo que legitime autónomamente tal detención. Lo que no sería admisible es que se detuviera con el fin de propiciar el abandono, pues en tal caso existiría compulsión incompatible con el derecho de que nos venimos ocupando.

al libre desenvolvimiento de la persona, que incluye sus manifestaciones orales o escritas pero queda extramuros de las conductas prohibidas por el derecho a la no autoincriminación¹³. Ello sin perjuicio de que no cabe acudir a la coerción con la excusa del engaño, pues también el engañado puede ser compelido directa o indirectamente, con anulación de la espontaneidad generada por el engaño¹⁴.

La coherencia de la construcción expuesta (derecho al silencio inocuo que ampara frente a la compulsión directa o indirecta) parece sufrir una primera grieta con el «derecho a la mentira» que reconoce la jurisprudencia española, aunque con importantes matices¹⁵. A diferencia del silencio, mentir no supone una conducta omisiva, sino que implica una participación activa, si bien con una finalidad contraria al buen término de la investigación o acusación. Ese carácter activo impide subsumir la mentira, al menos terminológicamente, en el «derecho al silencio» y también, aunque no de forma tan clara, en el derecho a la no autoincriminación. Evitar que el investigado o acusado sea obligado a imputarse no precisa que se le permita mentir, pues la mentira, frente al silencio, no se orienta a no declarar o confesar, sino a eludir la incriminación que se dirige contra el investigado o acusado mediante una presentación intencionadamente incierta de los hechos acerca de los cuales se le interroga. Así, se ha apelado al sentido negativo de los derechos del artículo 24.2 CE y a los efectos perjudiciales de las eventuales mentiras para terceros para negar ese derecho y sostener la constitucionalidad de la obligación de decir verdad¹⁶.

El derecho a la mentira se presenta como una facultad distinta a la del silencio «inocuo», con un carácter activo y opuesto al éxito de la investigación o acusación. En definitiva, su reconocimiento supone habilitar al investigado o acusado no solo

¹³ Acerca de este derecho, en el sentido indicado, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración...*, cit., pp. 95 y 96, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., «Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones». *Revista del Poder Judicial* núm. 85, primer trimestre de 2007, pp. 101 y ss.; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 159.

¹⁴ Se entiende así que se haya afirmado que la actuación del agente encubierto, cuando se lleva a cabo previa resolución judicial habilitante, salva el obstáculo que representa el engaño, de modo que las declaraciones efectuadas por el sujeto pasivo de la infiltración se consideran a todos los efectos «espontáneas y libres» (siempre que no se recurra a métodos diferentes del engaño propio de la infiltración, caso de la violencia o la coacción), y que la restricción de los derechos fundamentales del imputado satisface los requisitos propios de su limitación, entre los que se sitúa la «jurisdiccionalidad», para sostener, seguidamente, que el diálogo mantenido por el agente encubierto no tiene la naturaleza de un interrogatorio (lo que excluye la obligación de informar de la imputación y los derechos mencionados), por no existir «ningún marco coercitivo, como el que podría derivarse de la declaración ante la Policía o ante el Juez de Instrucción», sino, en su lugar, una conversación del miembro de la organización criminal con el agente desarrollada «con plena libertad»; DELGADO MARTÍN, J., *La criminalidad...*, cit., pp. 97 y 98, y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración...*, cit., pp. 242 y 243, respectivamente.

¹⁵ Al respecto, PASTOR RUIZ, F., «El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado», *Diario La Ley* núm. 8155, 24 de septiembre de 2013, pp. 1 a 4.

¹⁶ BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», cit., p. 198.

Juan José González López

a no colaborar activamente en ella, sino a entorpecerla o dificultarla. Este diferente alcance y contenido impide ubicarlo en el ámbito de cobertura de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable contemplados en el artículo 24.2 CE, no obstante lo cual goza de soporte legal merced al artículo 387 LECrim¹⁷. La raigambre legal, sin embargo, no conlleva necesariamente la constitucional (o al menos la constitucional en los derechos reiteradamente referidos), por lo que la previsión del artículo 387 LECrim no impide perfilar los derechos al artículo 24.2 CE como manifestaciones de un derecho al silencio como medio para eludir la autoincriminación¹⁸. De este modo, al evitar introducir una dimensión activa (la mentira como conducta entorpecedora de la investigación o acusación), se logra mantener la coherencia de la construcción dogmática del derecho, caracterizado por una proyección omisiva.

2.2. APLICACIÓN A LA APORTACIÓN DE ELEMENTOS PROBATORIOS DISTINTOS DE LAS DECLARACIONES

Excluido el alcance activo del derecho en lo tocante a las declaraciones, cabe plantearse si aquel mismo se limita a las expresiones de carácter oral (respecto de las cuales es pacífica su inclusión en el derecho) o también se extiende a conductas no verbales, tales como la aportación de documentos y las intervenciones corporales. En este punto, la jurisprudencia española difiere de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la relación con estos derechos de los controles de alcoholemia. La STC 103/1985, de 4 de octubre, mantuvo que *«el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución»*. En cuanto a la aportación de documentos, es paradigmática la STC 76/1990, de 26 de abril: *«Del mismo modo*

¹⁷ *«No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas»*. En dicho precepto se sitúa el «derecho a la mentira», *ibidem*, p. 199.

¹⁸ Esta postura encaja en el carácter relativo atribuido al «derecho a la mentira» y en lo sostenido en la STC 142/2009, de 15 de junio: *«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 vertidas 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»*.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

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». Aunque ambos pronunciamientos parecen coincidentes en su fundamentación, existe una importante diferencia de que después nos ocuparemos.

La jurisprudencia constitucional se inclina por una concepción del «derecho a la no autoincriminación» constrictora de este a los supuestos de emisión de declaraciones o manifestaciones de voluntad, no necesariamente orales¹⁹. De esta manera, deja fuera del ámbito de cobertura del derecho aquellas actuaciones que no comportan formalmente una declaración, caso del examen de mercaderías almacenadas²⁰. Aún más restrictivo se muestra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que lo limita a la contestación de preguntas y rechaza su aplicación a la entrega de documentos, aunque de ellos se derive el reconocimiento de una infracción²¹.

No es esta la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha extendido la aplicación del derecho a las entregas de documentación no comprensiva de manifestaciones de voluntad o declaraciones, siempre que no tenga una existencia independiente de la voluntad del sujeto²².

Por nuestra parte, somos partidarios de una concepción amplia del «derecho a la no autoincriminación» frente a la concepción restrictiva de la jurisprudencia, posiblemente orientada a evitar una sobredimensión del derecho. Si la finalidad de los derechos del artículo 24.2 CE es evitar que el sujeto pasivo procesal se vea obligado a participar en su incriminación, no parece que sea adecuado acudir a una hermenéutica formal de los términos empleados («declaración», «confesión») para excluir del ámbito de cobertura conductas que pueden ser tan autoincriminatorias, si no más, como una declaración emitida por el investigado o acusado. De hecho,

¹⁹ Así, en la STC 54/2015, de 16 de marzo, se aplica a actas de conformidad.

²⁰ En esta línea, en SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria», *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales* núm. 19, 2008, p. 7, se apunta a la legitimidad del examen de las mercaderías, del que el actuario «extraería directamente la información, esto es la obtendría en virtud de su propia percepción de las mercaderías», con apoyo en el carácter no declarativo de voluntad o conocimiento de aquellas.

²¹ NIETO GARCÍA, A., ««Nemo...», *cit.*, p. 408.

²² Así lo recuerda, entre otras, la STEDH de 11 de julio de 2006, caso *Jalloh c. Alemania*.

Por repensar las consecuencias a que puede llevar la distinta concepción que mantienen los tribunales españoles y el TEDH en materia de autoincriminación se aboga en MARTÍN QUERALT, J., «El derecho de defensa en materia tributaria», *Tribuna Fiscal* núm. 277, marzo-abril de 2015, p. 5.

Juan José González López

dado que la confesión no es prueba tasada en el proceso penal (artículo 406 LE-Crim), basta pensar en que determinados objetos (arma empleada, documentos contables, etc.) pueden presentar un mayor peso acusatorio de cara a la valoración probatoria que una declaración cuyos móviles resulten sospechosos. No cabe duda, a este respecto, de que los datos obtenidos al margen de la declaración del investigado gozan de mayor credibilidad que su testimonio, ya que, a diferencia de este, no pueden ser falseados por el investigado, al hallarse fuera de su control. En virtud de ello, parece exigible una mayor protección que la correspondiente al derecho a no declarar contra uno mismo aplicado a las declaraciones del investigado²³. Y es por esta razón que abogamos por una concepción del derecho como «derecho a no colaborar», sea en forma de declaración o de aportación de otros elementos de prueba.

En relación con ello, no cabe vincular el derecho a la consideración del acusado como fuente de prueba²⁴. No ya solo por el carácter injustificadamente restrictivo de tal concepción, que excluiría la aplicación del derecho a elementos probatorios no constitutivos de declaraciones del investigado pero en poder de este, sino también porque el investigado como fuente de prueba debería incluir las muestras procedentes de él mismo (ADN, vestigios corporales, etc.) y también documentos por él elaborados, que justamente se han excluido con carácter absoluto del ámbito de cobertura del derecho o que deberían serlo por no comportar colaboración activa del sujeto, sino simple abstención.

Relacionada con la concepción anterior se halla la muy coherente, aunque rechazable, doctrina que vincula el derecho a la no autoincriminación a la voluntad del sujeto, de forma que solo se comprenden en el ámbito del derecho las manifestaciones orales o escritas cuya producción o creación depende de su voluntad, con lo que quedan fuera las pruebas «reales» (independientes de la voluntad del sujeto) y los documentos cuya creación no efectúa el investigado²⁵. Esta doctrina, unida al carácter procesal del derecho (que justifica la negación de la aplicación del derecho a documentos preexistentes, ya sea por generación espontánea o por

²³ Esta postura es mantenida en ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999, p. 531.

²⁴ La aparente vinculación enunciada se apunta en BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 196.

²⁵ Así, en ROLES, P. J., *The privilege...*, *cit.*, p. 38, se diferencia la «prueba testifical», que es la que procede de la boca del testigo y, por tanto, requiere la completa cooperación del individuo para su obtención —con la particularidad de que esta forma de prueba no tiene, ni puede tener, una existencia independiente de la voluntad del testigo—, de la «prueba real» y de la mayor parte de las documentales, que pueden existir independientemente del testigo y no precisan ser creadas por el individuo en respuesta a un requerimiento de información.

Representativo de la postura enunciada, que encuentra su apoyo en la STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, es SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «Elementos...», *cit.*, p. 6.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

imposición normativa), ofrece un ámbito de eficacia del derecho ciertamente congruente en su construcción pero extremadamente reducido y rechazable desde la óptica de su fundamento, como analizaremos seguidamente. En cambio, pierde su certeza cuando la voluntariedad se desvincula de la compulsión por la autoridad, ante la falta de criterios sólidos que permitan delimitar los supuestos en que el documento debe entenderse originado a instancia del sujeto o no²⁶.

Antes de abordar las razones para el rechazo anunciadas conviene aludir a los reproches efectuados a la distinción entre pruebas «reales» y creadas por la voluntad del sujeto. Así, se ha señalado que la existencia de un documento sería tan independiente de la voluntad del obligado a colaborar con la Administración Tributaria como la existencia de una muestra corporal y, si bien se reconoce que el comportamiento anterior del individuo (la emisión de recibos o el consumo de alcohol, por ejemplo) tendría incidencia en el contenido del documento en cuestión y en la muestra de sangre obtenida, no se aprecia ningún motivo válido para considerar que dicha muestra sea independiente de la voluntad del sujeto y no lo sea el documento de que se trate²⁷. Sin embargo, aunque la fuente de prueba (alcohol en sangre, contenido del documento) obedece a la voluntad del sujeto en ambos casos, el medio de prueba (muestra corporal, documento) no. La sangre es independiente del sujeto, que no puede evitar que el alcohol consumido se refleje en la sangre, en tanto el documento se genera por la exclusiva voluntad del sujeto, que podría evitar su existencia con solo desealarlo²⁸.

Expuesto lo anterior, la teoría de que nos estamos ocupando hunde sus raíces, aunque no se diga de forma tajante, en la coacción aplicada al sujeto²⁹. Es evidente

²⁶ Así, *ibidem*, p. 7, se identifica una compraventa mercantil como documento creado por la voluntad de las partes (y, en aplicación de su postura, amparado por el derecho a no declarar) y un contrato de donación de bien inmueble como documento con génesis en la voluntad del legislador. Se relativiza de este modo la naturaleza igualmente consensual en ambos casos, con independencia de que la donación de bienes inmuebles exija documento público como requisito constitutivo. La escritura de donación tiene su origen en la voluntad del donante, como lo tiene el contrato de compraventa. Este argumento no se obvia por el autor, que opone que el análisis debe centrarse, a su decir, en la existencia física del documento. Mas ello implicaría que el derecho a no declarar dependería de que se exija la forma *ad solemnitatem*, lo cual supondría dejarlo en manos de un legislador orientado a la seguridad del tráfico y no a las garantías procesales.

²⁷ Voto particular de la Jueza Power-Forde en la STEDH de 5 de abril de 2012, caso *Chambaz c. Suiza*. Este voto particular es objeto de comentario en SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «El derecho de los contribuyentes a no autoinculparse en el asunto Chambaz contra Suiza. (Comentario de la STEDH de 5 de abril de 2012)», *Tribuna Fiscal* núm. 263, noviembre-diciembre de 2012, p. 6.

²⁸ En este sentido, se afirma en SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «El derecho...», *cit.*, pp. 6 y 7, que «Power-Forde confundiría la voluntad del contribuyente relativa al acto de colaboración en sí mismo considerado, y aquélla otra que se pone de manifiesto en la propia génesis del material o elemento que se aporta».

Debemos matizar, a este respecto, que cuando anteriormente hemos vinculado al alcance del derecho a la voluntad del sujeto lo hacíamos a la voluntariedad de la declaración o facilitación de los medios, no a la voluntad limitada al origen de los elementos de prueba.

²⁹ Prueba de ello es que en la STEDH de 11 de julio de 2006, caso *Jalloh c. Alemania*, a pesar de que señala que la prueba obtenida (la droga escondida) encajaría en la categoría de elementos que, en último término,

Juan José González López

que el grado de violencia o intimidación necesario para que una persona produzca aquello cuya generación depende de su exclusiva voluntad no es equiparable (como no lo es la cooperación que se presta) a la precisa para conseguir una facilitación de elementos de prueba que ha producido el sujeto pero ya existían o que existen por la actividad de terceros, si bien se hallan en poder del sujeto a coacción. La coactividad para lograr la confesión no es equiparable a la susceptible de conseguir la entrega de objetos. Ahora bien, el que esta diferencia exista y requiera, por ende, su adecuada valoración y eficacia a efectos procesales no significa que desde el punto de vista inculpativo la entrega de medios de prueba no generados por el sujeto pero en su poder no sea tan relevante, si no más, que la confesión. La obtención de la confesión por medios coactivos repugna a nuestra conciencia jurídica y es lógico que se rechace (máxime atendidos los antecedentes históricos), pero la fiabilidad de una confesión (sometida a la libre apreciación de la prueba) puede ser, y seguramente será, menor que la aparejada a una muestra de ADN que, según la concepción que analizamos, estaría excluida del derecho por no deber su existencia a la voluntad del sujeto. El ámbito de cobertura del derecho no puede depender de la proporcionalidad de la compulsión empleada, que no determina diferencia alguna en el contenido inculpativo de lo obtenido, sino que es el medio para obtener tal contenido.

El carácter igualmente inculpativo, al margen de la distinta intensidad de los medios coactivos, se conecta con el fundamento del derecho, la presunción de inocencia, que exige que sean los poderes públicos los que aporten los medios de prueba que desvirtúen tal presunción. La aportación debe venir precedida por la consecución de los medios, y es ahí donde adquiere su sentido el derecho a la no colaboración activa. Exista o no el medio de prueba por la voluntad del investigado, no se aviene con la legitimidad de una postura puramente pasiva, abstencionista, del sujeto que se habilite a las autoridades encargadas de la investigación penal no solo para buscar y obtener lo que ya existe y cuya consecución es compatible con la pasividad del investigado, sino también para obligar a este a que proporcione los elementos susceptibles de desvirtuar su presunción de inocencia.

A este respecto, uno de los elementos en que se ha centrado el debate acerca del alcance del «derecho a la no autoincriminación» es el carácter apriorísticamente

existen independientemente de la voluntad del sujeto, apunta como diferencias con los supuestos de sentencias anteriores (*Saunders*, en particular) el que el vomitivo se empleara para vencer la voluntad en contra del sujeto, así como el grado de compulsión empleado, que el Tribunal llega a calificar de trato inhumano o degradante. Este mismo razonamiento conduce en la STEDH de 29 de junio de 2007, caso *O'Halloran y Francis c. Reino Unido*, a estimar no violado el derecho a no autoinculparse, al considerar proporcionado el grado de compulsión en relación con la finalidad perseguida y el contexto regulador en que se produjo (información requerida al conductor respecto de una infracción en materia de tráfico).

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

incriminatorio o no de los documentos como requisito para que queden comprendidos en el ámbito de cobertura del derecho³⁰. La fijación del carácter del documento no puede, sin embargo, establecerse de manera abstracta, pues es únicamente el investigado el que, ante la solicitud de aportación que se le dirige, puede valorar las consecuencias que la facilitación del documento es susceptible de acarrearle³¹. Además, aplicado de forma restrictiva, como sucede en la STC 197/1995, de 21 de diciembre, conduce a exigir, para que sea aplicable el derecho, que la declaración sea de expreso reconocimiento de responsabilidad o autoría del delito, lo que reduce al mínimo el ámbito de aplicación del derecho y se presta a todo tipo de hermeneusis cercenadoras de aquél, pues se excluirá siempre que se reconozcan hechos (por muy inculpatórios que sean) y no literalmente comisión de infracciones³².

2.3. DELIMITACIÓN DEL TIPO DE COLABORACIÓN COMPRENDIDA EN EL DERECHO

Aclarado lo anterior, otro paso para delimitar el derecho es el tipo de colaboración que se reclama del investigado o procesado. El hecho de que los derechos lo sean a no declarar y no confesarse culpable apunta a que la colaboración que no cabe exigir al sujeto pasivo procesal es la activa, más concretamente la positiva *in faciendo*, en su contra³³. Contemplado desde la óptica del sujeto pasivo procesal, no

³⁰ Este planteamiento ha encontrado eco, de hecho, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como hemos expuesto. Relacionado con ello, la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 25 de enero de 2007) de obligación de facilitar toda la información necesaria relacionada con los hechos de que tiene conocimiento y exclusión de la imposición de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción no solo supone exceptuar el silencio respecto de informaciones que pueden ser tan reveladoras como las respuestas, sino también generar una importante inseguridad jurídica para determinar qué respuestas implican admitir la existencia, lo que en algunos casos solo podrá determinarse después, cuando se ha infringido el derecho; ROSÓN SILVÁN, P., «El principio de no autoinculpación en el procedimiento de inspección tributaria», *Tribuna Fiscal* núm. 218, diciembre 2008, p. 5.

³¹ Compartimos el rechazo manifestado *ibidem*, p. 5, a la afirmación del Abogado del Estado en la STC 18/2015 de que la exhibición de contabilidad no puede considerarse prueba incriminatoria por exigir análisis. Sostiene el autor citado que, una vez iniciado el proceso punitivo, existe una búsqueda de pruebas que justifica la prevención a facilitar información del imputado, que es el único que puede hacer el juicio sobre la eventual relevancia de lo que se le exige que aporte.

³² Compartimos el rechazo al criterio de dicha STC manifestado en BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 197, sobre todo a la luz de la posterior STC 45/1997, de 11 de marzo, en que se afirma que «*Tampoco la conducta del recurrente, negándose a colaborar con la Administración en la identificación del piloto de su barco en el momento de ocurrir los hechos objeto de la sanción administrativa, es suficiente para destruir la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, le protege y tutela. Nadie está obligado a declarar contra sí mismo*». No creemos aventurado apuntar que la razón de la aceptación de esa obligación respecto de la circulación de vehículos a motor en carretera está relacionada con la dificultad de identificar al conductor y la habitualidad de tal tráfico.

³³ Acerca de la clasificación de los deberes de colaboración en positivos *in faciendo*, positivos *in patendo* y negativos, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., «Los deberes de colaboración de las empresas en la prevención e

Juan José González López

se le reconoce un derecho a realizar cuanta actuación tenga por conveniente en el curso del proceso. Sí, indudablemente, se le reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa (artículo 24.2 CE), así como a intervenir en las diligencias de investigación y/o aseguramiento de fuentes de prueba, pero incluso el derecho de defensa admite límites, como ocurre en caso de declararse secretas las actuaciones (artículo 302 LECrim). Y si existen restricciones a la actuación en el caso de conductas que, en principio, no están dirigidas a obstaculizar el debido curso del proceso, aún más evidentes son las atinentes a acciones entorpecedoras, cuya contravención llega al punto de justificar la prisión provisional para «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto» [artículo 503.1.3.º b) LECrim]. Lo expuesto ahonda en la visión del «derecho a mentir» como una facultad concreta concedida por la Ley y no como una manifestación de un supuesto derecho más amplio a no solo no colaborar activamente, sino a dificultar activamente el éxito del proceso.

Al investigado o procesado se le pueden imponer deberes de abstención y también positivos *in faciendo*, siempre que no impliquen riesgo de autoincriminación (verbigracia, tiene obligación de comparecer a presencia judicial)³⁴. También positivos *in patendo*, sin que ello entrañe vulneración del derecho a la no colaboración³⁵.

investigación de delitos: algunas consideraciones», PÉREZ GIL, J. y DE ROMÁN PÉREZ, R. (coordinadores), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2011, pp. 342 y 343.

³⁴ En este sentido, afirma la STS, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 2004: «Lo que en cualquier caso no constituye un atentado al derecho a la presunción de inocencia, en relación con la carga de la prueba del inculpado de los elementos tendentes a su exculpación, es el hecho de tener este último que someterse o soportar la práctica de determinadas pericias encaminadas a averiguar elementos de hecho determinantes para el enjuiciamiento de la conducta objeto del procedimiento».

³⁵ Partidarios de rechazar la imposición al imputado de cualquier colaboración activa en la realización de medidas de investigación son LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La intimidad corporal, devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)», *Poder Judicial* núm. 14, junio de 1989 (2.ª época), pp. 123 a 130; GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 463, en relación con las intervenciones corporales. Con respecto a la Administración sancionadora, aunque con un planteamiento trasladable al ámbito penal, GARBERI LLOBREGAT, J., «Presunción de inocencia versus deber de colaboración con la Administración sancionadora (Comentario a la STC 219/1988, de 22 de noviembre)», *Poder Judicial* núm. 14, junio de 1989 (2.ª época), p. 121. En relación con los análisis de alcoholemia, LORENTE HURTADO, F., «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional». *Poder Judicial* núm. 1, marzo de 1986 (2.ª época), p. 65. Respecto de las comunicaciones electrónicas, GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Criptología y libertades públicas», en VV.AA., *Internet y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 227 y ss., en que se califica de propia de «países con algún déficit democrático» la compulsión al investigado para que entregue las claves de cifrado. A esta compulsión se opone igualmente MARCHENA GÓMEZ, M., «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico». *Diario La Ley* núm. 6475, de 4 de mayo de 2006, XX Premio La Ley, p. 16. Se muestran partidarios de reconocer al imputado el derecho a oponerse a prestar una colaboración activa en la práctica de diligencias y únicamente tener que aceptar la asunción de conductas pasivas VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 225; ASECIO MELLADO, J.A., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Tri-

La práctica de diligencias de investigación como el reconocimiento, las intervenciones corporales (una vez, claro está, que el investigado esté a disposición de las autoridades encargadas de la práctica de la medida) y la entrada y registro requieren que el sujeto pasivo «tolere» (en palabras del Tribunal Constitucional en la STC 103/1985) que se lleve a cabo la actuación investigadora, es decir, que adopte una actitud pasiva, de dejar hacer. Ciertamente la oposición a la realización de la diligencia es activa (fuga, resistencia física, oposición a la entrada, etc.), pero entre la «actividad» propia de la obstaculización y la «actividad» exigida en el caso de la colaboración activa existe una diferencia sustancial. En el supuesto de la colaboración, la actividad del investigado es justamente lo que se pretende, en tanto en el supuesto del deber *in patento* es algo indeseado. A la inversa, contemplado desde el punto de vista del investigado o acusado, en el caso de la colaboración activa su oposición a ella consiste en no hacer lo que se le reclama, mientras en el deber *in patento* su rechazo de la medida se manifiesta en el impedimento de una actuación ajena. En dicha diferencia radica que lo exigido al investigado o acusado en las medidas que comportan un deber *in patendo* no pueda considerarse activamente autoincriminatorio, pues lo único que se espera del sujeto pasivo es que permita la práctica, no que realice conducta alguna³⁶.

Hemos dicho activamente autoincriminatorio porque ciertamente la pasividad puede ser igualmente autoincriminatoria. La persona que permite su reconocimiento, o una analítica de sangre, o la entrada en su domicilio, será consciente, de ser responsable del hecho punible, de que al permitir (no obstaculizar) la diligencia hace posible el conocimiento de hechos o circunstancias que ponen de manifiesto su culpabilidad, con lo que podría concluirse que exigir al investigado la tolerancia de tales medidas contraviene su «derecho a la no autoincriminación». Mas incluir en el ámbito de los derechos del artículo 24.2 CE la obstaculización de medidas supondría, al igual que sucede con el «derecho a mentir», abandonar la dimensión omisiva del derecho e introducir elementos activos en él, con la consecuencia de desdibujarlo. Insistimos en que el derecho que se desprende del artículo 24.2 CE es el derecho a no imponer que el sujeto pasivo procesal colabore activamente en su imputación, esto es, a no exigir que el sujeto realice hechos que le incriminen, de lo que deriva que su actitud puede ser omisiva sin repercusiones negativas, pero no activa (obstruccionista), ya sea el entorpecimiento llevado a cabo a iniciativa del sujeto o como respuesta a una medida que no desea tolerar. De ahí que

vium, Madrid, 1989, p. 143; HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto...*, cit., p. 255, y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no incriminarse», en VV.AA., *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 593 y 594.

³⁶ En este sentido, en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., «El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN», *Diario La Ley* núm. 8571, 29 de junio de 2015, p. 1, se señala, respecto de la reforma *lege ferenda* del artículo 520.6 LECrim, que el empleo previsto de la *vis física* para obtener muestras de frotis bucal puede ser cuestionable desde la óptica de los derechos a la integridad física y a la intimidad, «pero no contrario al derecho a no declarar contra uno mismo, pues la resistencia es activa, pero lo que se pide en el sujeto es pasividad».

Juan José González López

denominemos el derecho de que nos venimos ocupando como «*derecho a la no colaboración activa*», pues tal nomenclatura excluye la colaboración pasiva³⁷.

La conclusión anterior parece contrastar con el rechazo de la jurisprudencia a la imposición coactiva de las intervenciones corporales. Si no existe un derecho a oponerse a la práctica de diligencias que únicamente reclaman la tolerancia del sujeto pasivo a su práctica debería ser posible imponerlas por los medios adecuados, que incluirían la *vis física*. Tal objeción, sin embargo, no cuestiona lo expuesto, ya que el debate acerca de la admisibilidad de la coerción física para la realización de las intervenciones corporales no se relaciona, admitido el planteamiento por el que abogamos, con el derecho a la no colaboración activa, sino con otros derechos fundamentales que se ven implicados³⁸.

De igual manera que en la entrada y registro se afecta eventualmente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, en el caso de las intervenciones corporales se halla en juego el derecho a la intimidad corporal o a la intimidad *lato sensu*. A falta del consentimiento del sujeto pasivo, es precisa, según los casos, autorización judicial que habilite su práctica³⁹. Pues bien, al igual que la exigencia de autorización judicial se vincula, en los supuestos en que no existe precepto constitucional que la reclame expresamente (lo que sí ocurre en el artículo 18, apartados 2 y 3, CE), con la gravedad de la injerencia, también la elección y admisibilidad de los medios empleados se relaciona con ella en virtud de la ponderación propia del principio de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁰.

Ciertamente, la afección a derechos fundamentales como la integridad física y moral y la intimidad se solapa en ocasiones con la del derecho a la no colaboración activa. Pero ello no responde a que este derecho sea una derivación de dichos derechos, sino a que los ámbitos de cobertura pueden coincidir en función del tipo de información que se obtenga con la colaboración activa (intimidad) o de los medios empleados para conseguirla (integridad física y moral). Esta coincidencia, de hecho, también se da en caso de colaboración pasiva. Vincular el derecho a la no

³⁷ No es esta una postura pacífica, ni mucho menos. Así, en relación con el ámbito tributario, se mantiene en SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «Elementos...», *cit.*, p. 7, que el acceso a un diario económico en el marco de una entrada y registro de un local de negocio supondría aportación coactiva y, dado su contenido declaratorio de voluntad y/o conocimiento, sería ilegítimo.

³⁸ En este sentido, en RICHARD GONZÁLEZ, M., «Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia», *Diario La Ley* núm. 8445, 19 de diciembre de 2014, pp. 10 y 11, se aboga por admitir la *vis física* para el frotis.

³⁹ A este respecto, STC 207/1996, de 16 de diciembre, y STS, Sala de lo Penal, 995/2001, de 1 de junio, entre otras. Precisamente este criterio jurisprudencial fue ratificado legislativamente en el apartado segundo del artículo 363 LECrim.

⁴⁰ Acerca del principio de proporcionalidad PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 313 a 376.

colaboración activa con esos derechos (sustantivos, además) conllevaría que, en caso de coacción liviana o reducida o de no injerencia en información íntima (como puede ser la contable) no se apreciara afección al derecho o se aceptara por insignificante, lo que supondría diluir el derecho y obviar que su fundamento adecuado se halla en el derecho a la presunción de inocencia, que habilita al imputado para mantener una actitud puramente omisiva o abstencionista.

A este respecto, debe destacarse que el carácter obligatorio de la actuación no conlleva necesariamente su imposición coactiva en caso de negativa del sujeto, sino que también puede manifestarse en la sanción de la negativa o en la valoración de la negativa en perjuicio del rebelde⁴¹. Entre las formas de coacción dirigidas a lograr la colaboración activa se encuentra la administración de fármacos o sustancias destinadas a conseguirla, como sucedió en el supuesto analizado en la STEDH de 11 de julio de 2006, caso *Jalloh c. Alemania*⁴². No se trata, por tanto, de que existan distintos niveles de protección asociados al derecho, sino de que las consecuencias asociadas al incumplimiento del deber de colaborar pueden ser distintas (y algunas directamente inadmisibles) en atención a otros derechos fundamentales que se ven afectados por la medida dirigida a vencer la resistencia a colaborar del sujeto pasivo de la obligación⁴³.

Las consideraciones anteriores parecen chocar con la exclusión del engaño como causa de afección al derecho a la no colaboración activa. La explicación de su compatibilidad viene dada por el hecho de que el engaño hace desaparecer el presupuesto de aplicación del derecho: la coerción. Con el engaño se anula la resistencia, de modo que no se precisa compulsión, al obtenerse la espontaneidad de la declaración o facilitación. Se consigue la colaboración activa voluntaria, aunque

⁴¹ BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 197.

⁴² En el supuesto analizado en la Sentencia se administró un vomitivo al sospechoso para provocarle la expulsión de la droga que portaba escondida en su cuerpo.

⁴³ En BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 197, se apunta una distinción de tres niveles en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al derecho a no incriminarse:

- Un nivel de protección máximo: declaraciones orales del imputado o acusado, que no se pueden obtener de forma coactiva ni la negativa a someterse a ellas puede emplearse como elemento probatorio de cargo.
- Un nivel de protección medio: el de las exploraciones o intervenciones sobre la persona del acusado, que no pueden realizarse coactivamente, pero la negativa puede tener consecuencias negativas, incluida la condena si existen otros indicios.
- Un nivel de protección mínimo: las fuentes de prueba distintas de la propia persona del acusado, que pueden obtenerse coactivamente, son perjuicio de la obligación de aportarlas al proceso.

De estos tres niveles, el primero corresponde al derecho al silencio neutro. El segundo solo quedaría comprendido en el ámbito de cobertura del derecho a la no colaboración activa si se exigiera la entrega de muestras, mas si únicamente se reclama la tolerancia entraría en los comportamientos pasivos excluidos del derecho, que no se imponen en todos los casos por la fuerza por su impacto en la integridad física y moral del individuo, esto es, la violencia que comportaría su ejecución coactiva. El tercero, solo si se exigiera la colaboración activa. Y en todos los casos ha de estar en curso el proceso.

Juan José González López

de resultados del engaño, lo que exige una justificación autónoma de este y la consecuente aplicación de las exigencias de legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad.

A partir de lo expuesto, no puede compartirse la afirmación de la STC 103/1985 (reiterada en otras posteriores, como la 161/1997, de 2 de octubre) de que el control de alcoholemia no vulnera el derecho a no declarar contra uno mismo porque únicamente obliga al afectado a tolerar que se le haga objeto de una pericia, pues, a diferencia de las intervenciones corporales o de la entrada y registro, la colaboración que se reclama del sujeto pasivo no es de mera tolerancia, sino de colaboración activa (espirar)⁴⁴. En esta línea, tampoco resulta admisible la diferenciación que se apunta entre «*aportar prueba*» (revelación obligada de elementos probatorios que, al ser requeridos, se encuentran fuera del alcance del poder público) y «*soportar*» prueba (exigencia de cierta actitud colaborativa, que incluso puede implicar un mínimo comportamiento activo, a fin de obtener una prueba que, de todos modos, está al alcance de las autoridades)⁴⁵.

En primer lugar, la colaboración activa desdibuja, como se ha expuesto, el contenido omisivo del derecho, que se dirige a evitar cualquier exigencia de participación del sujeto pasivo procesal en su incriminación⁴⁶. Por leve que sea la colaboración activa (y la levedad es, en sí misma, de difícil cuantificación), se exceden los límites del derecho.

En segundo lugar, la admisión de la colaboración activa en caso de que se trate de elementos al alcance de las autoridades presenta una aparente incongruencia interna y, lo que es más decisivo, diluye los límites entre deberes pre e intraprocesales. La incongruencia a que nos referimos consiste en que si los elementos en cuestión están al alcance de las autoridades, no acierta a entenderse, en principio, por qué imponer una colaboración activa, contraria a la no autoincriminación, para obtener lo que se podría conseguir con la simple abstención del sujeto pasivo. La incongruencia es, sin embargo, solo aparente, pues el «soporte» de la prueba en realidad pretende proyectar al proceso deberes impuestos con anterioridad. Así, con arreglo a tal construcción, sería exigible a una persona que tiene el deber legal de llevar y mantener una contabilidad (artículo 25 del Código de Comercio) que,

⁴⁴ En este sentido, en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., «El empleo...», *cit.*, p. 13, se señalan como diferencias entre los controles de alcoholemia y la obtención de muestras de ADN mediante frotis bucal que en el primer caso se exige una acción voluntaria del acusado (espirar aire) y un mayor gravedad de la injerencia. Esta segunda característica pone de manifiesto la influencia de la gravedad de la injerencia en el análisis de este tipo de medidas, que también se proyecta sobre el derecho del que nos venimos ocupando.

⁴⁵ SERRANO ZARAGOZA, O., «Contenido...», *cit.*, p. 7.

⁴⁶ Ciertamente, el artículo 575 LECrim establece la obligación de exhibir los objetos y papeles que se sospeche pueden tener relación con la causa, pero no lo es menos que dicha dicción se ha estimado inconstitucional, caso de SALOM ESCRIVÁ, J.-S., «La investigación de los delitos societarios», SOLAZ SOLAZ, E. (director), *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 153.

en el curso de un procedimiento sancionador o proceso penal, facilitara esa documentación que, con arreglo a la Ley, tiene la obligación de llevar⁴⁷. Frente a ello, procede distinguir entre el deber de llevanza, previo al proceso, y el deber de exhibición.

Si bien el deber de llevanza incluye el de tener a disposición, tal puesta a disposición debe entenderse en un sentido compatible con el derecho a la no colaboración activa, es decir, que la puesta a disposición solo implica que los elementos a que se refiere el deber han de conservarse de forma que sean accesibles a las autoridades, de modo que, cuando se acuerde el acceso, solo sea exigible del sujeto pasivo una actitud omisiva. Pero si el sujeto sobre el que recae el deber incumple el deber de llevanza y mantenimiento a disposición, no cabe acudir al «soporte» probatorio para imponer una colaboración activa, pues ello iría contra el derecho a la no colaboración activa (procesal, como expondremos)⁴⁸. Ello no implica que el sujeto pueda acogerse a tal derecho para excusar el cumplimiento del deber de llevanza, pues la infracción del deber existe y debe ser sancionada de acuerdo con la normativa que le impone el deber, pues el deber es previo al proceso. Pero no es admisible que, a través de deberes preprocesales, sancionables en caso de incumplimiento, se establezcan deberes de colaboración activa subsidiarios e intraprocerales susceptibles de dejar en nada el derecho a la no colaboración activa⁴⁹.

Lo anterior, en combinación necesaria con el carácter procesal del derecho, a que nos referiremos seguidamente, explica los límites a los deberes de colaboración activa que se establecen en leyes como la 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Todo ello sin perjuicio de que los propios deberes pre-procesales deban sujetarse a su propio juicio de legitimidad, pero no desde la óptica del derecho a la no colaboración activa.

⁴⁷ En este sentido, se mantiene en ROLES, P. J., *The privilege...*, cit., p. 45, respecto de supuestos de deber de conservación de información, que «la importancia que ostenta en la regulación de una actividad particular justificaría la pérdida de protección contra la autoincriminación que acaece como resultado de una obligación normativa de presentar esos archivos».

⁴⁸ Discrepamos, por ello, de la argumentación expuesta en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2014, a tenor de la cual: «Y si lo que quiere decirse es, más bien, que la documentación requerida podría justificar la imposición de una sanción, ello excede de la noción de indefensión y, desde luego, nada tiene que ver con el derecho a no declarar contra uno mismo proclamado en el art. 24 CE: a la recurrente no se la ha requerido para que se autoinculpe, sino para que aporte unos documentos que está legalmente obligada a proporcionar a la Administración», si bien en la proyección procesal a que se presta, como expondremos.

⁴⁹ Muestra de la postura que mantenemos es la distinción que se apunta en ROLES, P. J., *The privilege...*, cit., p. 42, entre documentos cuya creación fue el resultado de una compulsión para ello y aquellos previamente existentes y respecto de los cuales el empleo de los medios de compulsión obedeció a su puesta a disposición de los tribunales, siempre que se entienda, matizamos, que la coacción, en este segundo caso, se limita a la precisada de una colaboración puramente pasiva del imputado.

Juan José González López

2.4. CARÁCTER PROCESAL

Finalmente, una última concreción del «derecho a la no colaboración activa» viene dada por su carácter procesal, más exactamente procedimental-sancionador⁵⁰. De este modo, al tiempo que su aplicación al proceso penal es manifiesta, dada su previsión en el artículo 24.2 CE y sus manifestaciones en la LECrim [artículo 520.2.a), en particular], también se señala que debe reconocerse en el procedimiento administrativo sancionador⁵¹. Así entendido, el derecho a la no colaboración activa se presenta como una reacción a la repugnancia jurídica que suscita la posibilidad de que una persona sujeta al ejercicio del *ius puniendi* estatal pueda verse obligada no sólo a soportar la investigación penal o instrucción del procedimiento administrativo sancionador, sino a colaborar activamente en su incriminación. Desde un punto de vista dogmático, este medio de elusión de la colaboración activa encuentra acomodo en la presunción de inocencia, pues, de resultas de tal presunción, es a la acusación a la que corresponde aportar los medios de prueba que la desvirtúen, y dicha carga quedaría pervertida si se pudiera compeler al investigado o acusado a aportar fuentes de prueba susceptibles de dar soporte a su incriminación⁵².

A partir de tal fundamento, cabe concluir que el derecho a la no colaboración activa solo aparece con el inicio de un proceso penal o procedimiento administrativo san-

⁵⁰ Así, se afirma en BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, pp. 194 y 195, que su contenido es procesal, «pues su ámbito de aplicación se circunscribe a procesos en los que existe una persona acusada de la comisión de una infracción penal—de ahí que se utilicen los términos “confesar” y “culpable”, de honda raigambre en el proceso penal—. Su inclusión en el artículo 24.2 de la Constitución no hace sino acentuar dicho contenido procesal penal, al ser este un precepto dirigido a establecer las garantías procesales básicas que el ordenamiento jurídico debe respetar en la configuración de un proceso penal que sea conforme a la Constitución».

⁵¹ Afirma la STC 197/1995: «El ejercicio del “ius puniendi” del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o incriminatoria de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también lo ha estimado aplicable al procedimiento sancionador en sentencias como la de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, *Saunders c. Reino Unido* y de 3 de mayo de 2001, caso *JB c. Suiza*.

No se ha planteado, en cambio, la posibilidad de aplicarlo al ámbito del Derecho privado y, más en concreto, al laboral merced al *Drittwirkung*. Acerca de ello, NIETO MARTÍN, A., «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley* núm. 8120, 5 de julio de 2013, pp. 9 y ss.

⁵² Con el derecho a la presunción de inocencia se relacionan los derechos a no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable en BANACLOCHE PALAO, J., «El derecho...», *cit.*, p. 194.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

cionador, de modo que las actuaciones de índole penal o administrativa precedentes quedan al margen del ámbito de cobertura del derecho⁵³. Si lo que se pretende evitar con tal derecho es que un investigado o acusado sea obligado a colaborar activamente en su incriminación, esta finalidad solo se presenta cuando surge la incriminación, esto es, cuando se imputa a un sujeto un ilícito penal o administrativo. Es decir, abogamos por una interpretación de acuerdo con la cual sin incriminación previa no existe autoincriminación.

Ahora bien, lo expuesto no implica que cualquier deber de colaboración que se establezca con anterioridad a la imputación penal o administrativa sea automáticamente legítimo, sino solo que esos deberes no han de examinarse desde la óptica de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (derecho a la no colaboración activa), pues no les son aplicables. Tales deberes previos a la imputación exigen, como todo deber impuesto a los ciudadanos, una justificación autónoma, más exigente cuando existan derechos fundamentales afectados. Su legitimidad ha de ajustarse, por ende, a los requisitos de reserva legal, proporcionalidad y, en su caso, indiciabilidad⁵⁴.

Limitado el alcance del derecho a la no colaboración activa al proceso (o procedimiento) sancionador, cabe concluir la legitimidad, desde el punto de vista de tal derecho, de determinadas actuaciones cuya constitucionalidad se ha venido cuestionando. Es el caso de los deberes aparejados al procedimiento de inspección tributaria que, si bien implican una colaboración activa, no se enmarcan en un procedimiento sancionador, sino en otro orientado al cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 31 CE⁵⁵. Otro tanto puede sostenerse respecto de los controles

⁵³ Señala en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de junio de 2011, que «el derecho a no autoinculparse surge cuando se inicia propiamente el procedimiento sancionador, que no excluye la existencia de comprobaciones administrativas previas».

⁵⁴ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., «Los deberes...», *cit.*, pp. 348 y ss.

⁵⁵ Así, afirma la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 1990: «Con referencia al art. 24 de la Constitución Española, el hecho de que la Inspección, en uso de las facultades que le confieren los arts. 109 a 111 de la Ley General Tributaria y arts. 36 y 37 del Reglamento de la Inspección, hubiera requerido al sujeto pasivo de un tributo a aportar documentación justificativa del exacto cumplimiento de sus deberes para con la Hacienda Pública, no significa que los datos o hechos que reconozca el obligado tributario, o los informes que proporcionase sobre sus actividades, implique que se confiese culpable de algo o que se le obligue a declarar contra sí mismo, en los términos del art. 24 de la Constitución, sino simplemente que se está dando efectividad a un deber jurídico impuesto por los preceptos citados, respaldados por el art. 31 de la Constitución, que señala que todos los españoles contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario. No cabe afirmar, pues, que con tales requerimientos se hubiera de vulnerar el art. 24 de la Constitución, máxime si, desde otro punto de vista, se observa que no se trataba de una actividad sancionadora de la Administración, sino de unos trámites del procedimiento de gestión tributaria, en relación al cumplimiento de unos deberes para con la Hacienda, cuyo incumplimiento, si acaso, habría de dar lugar a la incoación de un expediente sancionador en el que, en su caso, cabría alegar la vulneración de los principios invocados. Procedimiento sancionador, al que, hay que insistir, no pertenecía en el momento a que se contrae el proceso, la actividad inspectora cuestionada, por ser ésta lógica y cronológicamente anterior».

Juan José González López

de alcoholemia, que no se sitúan en el curso de un proceso penal, sino que constituyen medidas de prevención penal o administrativa (pues se proyectan sobre eventuales ilícitos administrativos o penales, según las circunstancias de la comisión)⁵⁶. Y es el caso igualmente de las obligaciones de información establecidas en el artículo 18 y siguientes de la Ley 10/2010 anteriormente citada.

En este sentido, la equiparación que se viene a realizar en la STC 50/1995, de 23 de febrero, de la actividad inspectora tributaria con la investigadora propia de la instrucción penal es rechazable, pues la inspección no parte necesariamente de sospechas (no ya indicios) de ilícito, a diferencia de la instrucción. La inspección tributaria se asemeja a las actividades preventivas penales, dirigidas, como la inspección, a comprobar el cumplimiento de la legalidad y, en su caso, descubrir indicios de ilícito. Sería la instrucción del procedimiento sancionador lo semejante (con muchísimas salvedades, pues en el procedimiento administrativo sancionador no existe una fase de «enjuiciamiento» ni remotamente comparable a la del proceso penal) a la instrucción penal, pues, al igual que esta, tiene su inicio en la constancia de indicios de infracción, y precisamente se practica para comprobar su consistencia, así como la responsabilidad del imputado con vistas a la eventual imposición de sanción.

Se dirá que una concepción como la apuntada resulta artificiosa e indebidamente limitadora del alcance del derecho a la no colaboración activa, pues las fuentes de prueba que se obtienen en el marco de los procedimientos administrativos o actuaciones preventivas no sancionadores se admitirán y emplearán en el eventual procedimiento sancionador que resulte del descubrimiento del ilícito administrativo o penal⁵⁷. Así sucede, en efecto, pero ello no implica que en el curso del procedimiento o actuación previas al procedimiento sancionador se cercene el derecho a la no colaboración activa, pues el sujeto pasivo del deber exigido en tales actuaciones previas no se ve compelido a participar en su incriminación porque en el

⁵⁶ La inspección administrativa y las pruebas de alcoholemia se ponen como ejemplo de la distinta aplicación del derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en el procedimiento administrativo y penal en MARTÍNEZ NIETO, A., «El procedimiento sancionador de tráfico», *Tráfico y Seguridad Vial*, 23 de octubre de 2014, p. 7. En esta línea, se ha señalado que «*Del mismo modo, todos estamos obligados a identificarnos en el aeropuerto cuando vamos a iniciar un vuelo y no parece sensato que el Policía nos advierta previamente de nuestro derecho a no identificarnos si ello constituye una autoinculpación, como podría alegar el que se encuentre en búsqueda y captura o muestre un DNI falso*» (ROSÓN SILVÁN, P., «El principio...», *cit.*, p. 7).

⁵⁷ En este sentido, en SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «Las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/2005 y 68/2006 y los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo Shannon, Weh y Allen. Reflexiones sobre inspección tributaria y autoincriminación», *Impuestos* núm. 20, 15 al 31 de octubre de 2006, p. 259, se advierte de la trascendencia sancionadora de las actuaciones de inspección tributaria, no obstante la separación normativa de los procedimientos de inspección y sancionador. También en el Voto Particular del Juez Zupancic en la STEDH de 5 de abril de 2012, caso *Chambaz c. Suiza*, se pone de manifiesto la permeabilidad de la separación entre el ámbito administrativo y el penal. Este voto particular es objeto de comentario en SANZ-DÍAZ PALACIOS, J.A., «El derecho...», *cit.*, p. 6.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

momento en que se practicaron esas actuaciones no se le inculcaba (imputaba)⁵⁸. El hecho de que la persona a que se le reclama información contable en el curso de una inspección tributaria o se le insta a que espere en el etilómetro coozca que, de hacer lo que se le pide, hará posible el descubrimiento de un ilícito no obsta a que la solicitud formulada no se enmarca en la investigación de un posible ilícito, sino en la comprobación del cumplimiento de los deberes tributarios o en la disuasión de la comisión de ilícitos en el ámbito de la circulación via⁵⁹. Prueba de ello es que ese tipo de actuaciones son en muchos casos puramente aleatorias, y es precisamente esa aleatoriedad la que reclama una justificación específica que legitime la sumisión de la ciudadanía a medidas restrictivas de derechos, en algunos casos fundamentales, sin indicios de comisión de hechos punibles⁶⁰.

De este modo se resuelve la problemática relativa a la relación con el *nemo tenetur* de las obligaciones fiscales que pueden acarrear un eventual procesamiento del obligado por delitos no tributarios⁶¹. Desligado el deber de colaboración del eventual proceso, la utilización de la información obtenida de resultas

⁵⁸ Compartimos, al respecto, el criterio manifestado en Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de abril de 2006: «El motivo no puede prosperar ya que, como viene indicando esta Sala, si bien es cierto que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no declarar contra sí mismo tiene eficacia en el marco de un procedimiento sancionador, sea penal o administrativo, ese derecho debe tener virtualidad desde que existen indicios fundados de que una conducta va a determinar la apertura de un expediente sancionador; por ello no puede servir para impedir que con carácter previo a la iniciación de un procedimiento sancionador, puedan y deban practicarse medidas de inspección y comprobación en los distintos sectores de la actividad administrativa, tributaria o no, pudiéndose traer a colación la significativa jurisprudencia del propio Tribunal de Estrasburgo (por todas, acerca de la configuración de las garantías procesales, particularmente del derecho a guardar silencio, la Sentencia de 8 de febrero de 1996 Caso John Murray contra Reino Unido)».

⁵⁹ En este sentido, se señala en PÉREZ NIETO, R., «Dos temas abiertos de Derecho sancionador tributario: la constatación de la culpabilidad; su naturaleza. El derecho a la no autoincriminación y sus límites», *Tribuna Fiscal* núm. 234, abril de 2010, p. 5: «Por último, en el actual estado de cosas que deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no está de más tener presente a efectos prácticos que el nemo tenetur no puede invocarse para rechazar la información requerida en un procedimiento de inspección no sancionador, pues, según las SSTC 276/2000 (FJ3) o 132/2001 (FJ3), la función represiva, retributiva o de castigo es lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados): las garantías que la Constitución prevé para los actos de contenido punitivo no resultan, sin más, exigibles a los actos restrictivos de derechos o desfavorables (SSTC 73/19829, FJ 3; 164/1995, FJ 4; 276/2000, FJ 3, 34/2003, FJ 2)».

⁶⁰ Discrepamos, por ello, de la afirmación realizada *ibidem*, p. 4, de que la entrega de documentos obligatorios a la Administración tributaria es proporcionada, al ofrecer un margen suficiente al derecho de defensa. Si la entrega es obligatoria, no existe margen alguno para la defensa, pues o se cumple la obligación, o se es penalizado por incumplirla. La razón de la admisibilidad de este deber no puede buscarse en la graduación del derecho de defensa, sino en la ausencia de tal derecho por no existir acusación de que defenderse. La defensa es la reacción al ataque, y sin imputación no puede estimarse que exista tal presupuesto para la defensa.

⁶¹ WULF, M., «Steuerklärungspflichten und "nemo tenetur"-zur Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bei Einkünften aus illegalem Verhalten», *Wistra* núm. 3, 2006, p. 90. Debe destacarse que en el ordenamiento alemán se excluye la utilización de lo obtenido en el procedimiento de gestión en el eventual proceso penal (NIETO GARCÍA, A., «Nemo...», *cit.*, p. 410).

Juan José González López

de los deberes pre-procesales habrá de analizarse desde la óptica del principio de finalidad (derecho a la protección de los datos de carácter personal) o especialidad, pero no del derecho a la no colaboración activa, que solo se despliega a partir del inicio del procedimiento sancionador⁶².

A partir de lo anterior, resulta rechazable la conclusión alcanzada en la STC 54/2015, de 16 de marzo, en que, en atención al derecho a la no autoincriminación, se niega eficacia como medio de prueba al reconocimiento de hechos efectuado en un acta de conformidad correspondiente a otro expediente a efectos de provocar la desconexión de antijuridicidad de las pruebas obtenidas de una entrada y registro vulneradores de la inviolabilidad del domicilio y la acreditación de una contabilidad «B»⁶³. Si el derecho a la no colaboración activa no es predicable del procedimiento de inspección tributaria, la conformidad prestada en el acta es válida y su empleo en otro procedimiento administrativo no vulnerará tal derecho, sin perjuicio de que pueda vulnerar el *ne bis in idem*⁶⁴. La admisibilidad de un acta en otro procedimiento deberá examinarse no desde la óptica de un derecho (a la no colaboración activa) que no operaba, sino desde el prisma del principio de finalidad⁶⁵.

Cierto es que en algunos casos la inspección tributaria o el requerimiento de someterse al etilómetro derivan de sospechas de que se ha cometido el ilícito, pero, a diferencia de otras medidas, cuya admisibilidad inindiciaria es cuestionable (cacheos, verbigracia), la justificación de tales actuaciones se diluye en su legitimación

⁶² Rechazamos, por ello, el criterio mantenido en la STSJ Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2011, en que se afirma que «*la adecuada protección del derecho a no autoincriminarse pasa por una correcta identificación de cuáles son documentos cuya obligatoriedad —con arreglo a las normas mercantiles y tributarias— es previa a la apertura de un procedimiento tributario y cuáles no, siendo que estos últimos, cuando sean requeridos coactivamente por la Inspección Tributaria, sin embargo no podrán ser empleados como prueba de cargo en un eventual procedimiento sancionador. Entre los primeros —documentos obligatorios— podemos apuntar las facturas, los libros de contabilidad, los registros, etc. La identificación de los documentos obligatorios tendrá que ser suficiente y con fundamento legal, en tanto que limitativa de derechos fundamentales (art. 53.1 CE)*».

⁶³ Frente a nuestra postura, en GARCÍA MORENO, A., «Procedimiento inspector, validez del consentimiento otorgado para acceder al domicilio y derecho a no incriminarse. A propósito de la STC 54/2015», *Carta Tributaria. Revista de Opinión* núm. 2, mayo de 2015, p. 6, se valora positivamente la sentencia en lo tocante a la cuestión que analizamos.

⁶⁴ Lo que no sucedió en el caso examinado en la sentencia, ya que el reconocimiento de hechos en el acta de conformidad se extendió a hechos distintos de aquellos por los que fue sancionado de resultados de tal acta.

⁶⁵ Es el caso de las analíticas con fines médicos incorporadas como medio de prueba en un proceso penal, analizado en ROSA CORTINA, J.M. de la, «Análisis practicados con fines clínicos y prueba de cargo en la investigación de delitos contra la seguridad del tráfico». *Diario La Ley* núm. 6358, 14 de noviembre de 2005, pp. 1 a 6, y del supuesto abordado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, en que se afirma que «*sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción*».

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

general⁶⁶. Es decir, admitida su aleatoriedad (con base, en todo caso, en la justificación tributaria o preventiva que la legitima), el que existan o no sospechas no es un elemento determinante de la medida, pues se puede acudir a ella se cuente o no con sospechas de ilícito⁶⁷. Cuestión distinta es que la entidad de esas sospechas hiciera exigible una imputación y consecuente inicio de un procedimiento sancionador penal o administrativo, pues, de ser así, sí se vulnerarían los derechos de defensa y presunción de inocencia, al omitir una imputación que habría hecho que tales derechos se desplegasen⁶⁸.

Conceptuar como comprendida en el derecho a la no colaboración activa toda actuación susceptible de derivar en la incriminación del sujeto obligado a ella supondría abrir la «caja de Pandora» y hacer prácticamente imposible el cumplimiento de múltiples finalidades necesarias para la salvaguarda de bienes constitucionalmente protegidos⁶⁹. Al hilo de ello, cabe destacar que, si bien es del todo apropiado que no se obligue a una persona a colaborar activamente en la investigación de un ilícito que se le imputa, no se halla amparo constitucional a la negativa a cualquier actuación de la que pueda derivar el descubrimiento de infracciones, lo que sería tanto como reconocer un derecho a no verse obligado a efectuar cualquier actuación que ponga de manifiesto un ilícito⁷⁰. De hecho, es porque el término «autoin-

⁶⁶ De la semejanza entre los métodos alcoholimétricos y la obtención de pruebas documentales del imputado en un delito fiscal se advierte en ROSÓN SILVÁN, P., «El principio...», *cit.*, pp. 5 y 6.

⁶⁷ De acuerdo con el razonamiento recogido *ibidem*, p. 5, cabría sostener que la ausencia de un proceso punitivo en curso elimina la prevención del imputado a facilitar información que justificaría la negativa a colaborar como forma de evitar la autoincriminación. Este argumento no puede servir, sin embargo, como elemento delimitador del alcance del derecho, pues el que el afectado por la medida no tenga motivos para recelar del uso que se pueda dar a lo que facilite no implica que no haya de reconocerse el derecho a no participar en su incriminación. La clave no radica en la subjetividad del obligado, sino, como expondremos, en la fundamentación teleológica del derecho.

⁶⁸ A evitar ello se orienta el ordenamiento alemán (NIETO GARCÍA, A., «Nemo...», *cit.*, p. 410).

En relación con ello, en GIL MARTÍNEZ, A., «Instrucción...», *cit.*, p. 322, se señala que «se suscita la duda acerca del momento preciso en que se debe dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inicie actuaciones penales, si lo considera procedente», cuestión a que dedica las páginas siguientes.

⁶⁹ En este sentido se pronuncia el Juez Zupancic en su voto particular en la STEDH de 5 de abril de 2012, caso *Chambaz c. Suiza*, con el que se coincide en SANZ-DÍAZ PALACIOS, J.A., «El derecho...», *cit.*, p. 6. Esta sentencia considera que la imposición de sanciones por la no aportación en un procedimiento de inspección tributaria de documentos preexistentes contraviene el derecho a la no autoincriminación, por el hecho de que el demandante no podía descartar que la información contenido en los documentos requeridos en cuanto a su renta y patrimonio diera lugar eventualmente a la imposición de sanciones de naturaleza penal por defraudación tributaria. Llega a esta conclusión a pesar de que el procedimiento de investigación hubiera comenzado años después de las resoluciones sancionadoras (por no colaboración) impugnadas.

Comparten el criterio de Zupancic ROSÓN SILVÁN, P., «El principio...», *cit.*, p. 7, y PÉREZ NIETO, R., «Dos temas...», *cit.*, p. 4.

⁷⁰ Como se afirma en ROSÓN SILVÁN, P., «El principio...», *cit.*, p. 5, «de aceptarse que la entrega de la contabilidad equivale a una autoinculpación en el sentido de declarar contra sí mismo o declararse culpable, habría que concluir que la entrega del DNI por un prófugo en un control rutinario policial, equivale también a una autoinculpación, aun cuando el DNI no siempre es objeto de comprobación».

Juan José González López

criminación» parece invitar a conclusiones como la apuntada por lo que nos inclinamos por la denominación de «no colaboración activa» enmarcada en el proceso. La «autoincriminación» cobra sentido como derecho a no colaborar en la acreditación de los hechos incriminadores, pero se sobredimensiona, hasta el punto de poner en riesgo no pocos bienes constitucionales (basta pensar en los deberes tributarios), si se proyecta sobre etapas previas a la imputación. Y ello por no contar con que las alternativas a la imposibilidad de compeler al cumplimiento de los deberes positivos *in faciendo*, además de inviables o inútiles en algunos casos, serían más gravosas (análisis de sangre en lugar de espiración en etilómetro, estimación indirecta de rentas, etc.)⁷¹.

El límite a este tipo de deberes viene dado por su carácter pre-sancionador. Todas las obligaciones a que nos referimos se establecen con carácter puramente administrativo (no sancionador) o preventivo penal y, por tanto, de acuerdo con lo expuesto, no se hallan sujetas al ámbito de cobertura del derecho a la no colaboración activa, aunque la información a que afecten se refiera al mismo sujeto que ha de facilitarla. Ello implica que el incumplimiento de tales obligaciones conlleva la aplicación del correspondiente régimen sancionador. Mas si dichas obligaciones se incumplen, no cabe que, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador o penal se apele a ellas para imponer al sujeto pasivo procesal la colaboración activa que suponían tales medidas y que el sujeto contravino, pues ello implicaría forzar al sujeto pasivo a colaborar en una incriminación contra él dirigida y en curso⁷².

3. RECONOCIMIENTO A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Una entre las muchas cuestiones controvertidas que se planteó desde el prisma procesal en relación con la reforma que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue la relativa al reconocimiento de los derechos fundamentales procesales a éstas y, en particular, de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Más en concreto, la extensión a las personas jurídicas del derecho a la no autoincriminación no es pacífica en el Derecho comparado⁷³.

⁷¹ Así, se señala *ibidem*, p. 9.

⁷² Es el caso de la obligación de identificar al conductor del vehículo, que tiene lugar en el marco del procedimiento sancionador.

⁷³ Así, como se apunta en ROLES, P. J., *The privilege...*, *cit.*, pp. 32 y ss., la extensión en Reino Unido se opone a la exclusión en Estados Unidos y Australia. Una aproximación al Derecho comparado se efectúa en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 141 y ss.

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

Como argumentos para extender el reconocimiento se han apuntado las anomalías que generaría que el reconocimiento a los accionistas no se acompañara del de la persona jurídica, que integran conjuntamente, al poder ser compelidos a proporcionar información que incriminara a la persona jurídica y la distinta personalidad jurídica de accionistas y sociedad. Frente a ello se apela a la incorporeidad de la persona jurídica y al interés público en la revelación de información⁷⁴.

Puede apreciarse que la exclusión del derecho a la no autoincriminación para las personas jurídicas obedece a la vinculación de ese derecho con la integridad física y moral y otros derechos sustantivos estrechamente unidos a la personalidad natural⁷⁵. Si el derecho, como hemos expuesto anteriormente, se aborda como una expresión de derechos fundamentales sustantivos, se diluyen los motivos de su reconocimiento a las personas jurídicas y se torna admisible su exclusión para estas⁷⁶. Mas si se contempla como una manifestación del derecho a la presunción de inocencia, independiente de la gravedad de la injerencia que comportan los medios empleados para obtener la colaboración activa (que exige su propia ponderación), no existe razón alguna, una vez reconocida la condición de sujeto procesal de la persona jurídica, que justifique su negación a este tipo de entes⁷⁷.

En el caso del ordenamiento español, la polémica al respecto queda en buena medida diluida por la previsión del artículo 409 bis LECrim⁷⁸. Resta, sin embargo,

⁷⁴ ROLES, P. J., *The privilege...*, cit., p. 33.

⁷⁵ Es reveladora la consideración recogida en la Sentencia de 1993 de la *High Court* de Australia *Environmental Protection Authority v. Caltrex Refining Co Pty Ltd*: «... el privilegio en su forma moderna presenta la naturaleza de un derecho humano, dirigido a proteger a los individuos de métodos opresivos de obtención de pruebas de su culpabilidad para emplearlas contra ellos. Con respecto a las personas naturales, una ponderación adecuada entre el Estado y el individuo requiere tal protección; sin embargo, con respecto a las personas jurídicas, no se precisa el privilegio para mantener una ponderación apropiada entre el Estado y el individuo. Tampoco es tan fundamental el privilegio que la negación de su reconocimiento a las personas jurídicas en relación con la producción de documentos pudiera socavar los cimientos de nuestro sistema de justicia penal».

Así ocurre en el Derecho alemán (se excluye la aplicación de este derecho a las personas jurídicas), al vincularlo a la dignidad personal (NIETO GARCÍA, A., «Nemo...», cit., p. 409).

⁷⁶ Se entienden, por ello, las matizaciones del Tribunal Constitucional a la aplicación a las personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad del domicilio (así, STC 54/2015). Dada la conexión de este derecho con la intimidad y la vida personal y familiar, no predicables de las personas jurídicas, la extensión del derecho a éstas puede ser modulable. Pero un derecho de naturaleza procesal, no sustantiva, no admite modulaciones con apoyo en tales argumentos.

⁷⁷ En este sentido, SERRANO ZARAGOZA, O., «Contenido...», cit., p. 5.

⁷⁸ «Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ello, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

Juan José González López

el debate acerca de si este derecho admite graduaciones en cuanto a la intensidad de su protección respecto de las personas jurídicas⁷⁹. Al respecto, discrepamos de la postura que pretende legitimar restricciones a la eficacia del derecho con apoyo en la ponderación que se establece entre el interés público en el descubrimiento y persecución de determinados delitos y los intereses afectados, de que se excluye (a diferencia de las personas naturales) la dignidad humana, la libertad, la salud e integridad y la intimidad⁸⁰. Si el fundamento del derecho es la presunción de inocencia no existe elemento que justifique una restricción como la planteada. Cuestión distinta es que se discuta sobre la conveniencia de extender el derecho a las personas jurídicas⁸¹.

Aceptada la extensión del derecho a las personas jurídicas son relevantes las distintas consecuencias que la colaboración de la persona jurídica tiene para sí misma y para las personas físicas relacionadas con ella⁸². Así, respecto de los administradores, empleados u otros sujetos que forman parte o actúan para la entidad, el requerimiento de información puede presentarse como una manifestación del deber de colaboración que recae sobre todos los ciudadanos y que tiene como límite los derechos del artículo 24.2 CE. Estos derechos operan respecto del sujeto obligado a colaborar cuando aparece como obligado y como destinatario de la incriminación, pero no en lo tocante a terceros. En consecuencia, la persona jurídica no puede exonerarse de colaborar cuando la información se solicita en relación con la investigación que se sigue contra una persona física, aunque esté vinculada a ella⁸³. No cabe realizar una confusión de persona natural y jurídica a efectos de la

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar».

⁷⁹ En SERRANO ZARAGOZA, O., «Contenido...», *cit.*, p. 8, se estima que supondría una diferenciación objetiva y razonable atribuir una menor intensidad a la protección de este derecho en relación con las personas jurídicas.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 8 y 9. Cabe destacar que el autor limita la restricción a la aportación de documentos.

⁸¹ Como se señala en GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N. y JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley* núm. 7501, 3 de noviembre de 2010, pp. 10 y 11, «*resulta entonces que la reforma actúa como espada de doble filo para el ius puniendi estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que impera el clásico principio nadie puede ser obligado a dañarse a sí mismo, tampoco las personas jurídicas, que si son imputadas pueden rehusar toda cooperación. Una paradoja que no puede superarse con la negación a las personas jurídicas de la garantía expresada: si pueden delinquir como las personas físicas, sus derechos ante la justicia penal son los mismos*».

⁸² En HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Problemas...», *cit.*, p. 13, se estima que «*este derecho inculpatario de contenido complejo es uno de los que plantea mayores problemas de transferencia a la persona jurídica inculpada en el proceso penal y comporta más consecuencias transformadoras*».

⁸³ Compartimos plenamente lo argumentado en la STC 18/2005, de 1 de febrero: «*De todo lo anterior se desprende inequívocamente que la información que se utilizó para fundamentar la condena contra el ahora solicitante de amparo se requirió a una persona distinta del mismo —la entidad Incovesa—, que la coacción prevista en la ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad y, finalmente, que dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que, por otro lado, conste que la entidad de la que el*

Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa

aplicación del derecho⁸⁴. La persona jurídica y la persona natural no pueden tener personalidad distinta o asimilable en función del marco de actuación jurídica, sin perjuicio de que existan supuestos de transmisión de la responsabilidad, que operan justamente a partir de esa distinción.

Ahora bien, podría objetarse a lo expuesto que la investigación iniciada contra una persona física puede extenderse posteriormente a una persona jurídica a que está vinculada la primera y viceversa, con lo que se habría obtenido información susceptible de perjudicar a quien entonces no era investigado y que, si lo hubiera sido, podría haberse negado a colaborar⁸⁵. Ciertamente, mas el derecho a la no colaboración solo puede aplicarse una vez que se dirige la incriminación contra la persona a la que se requiere la colaboración, pues, de no ser así, nunca podría interesarse la colaboración de prácticamente ninguna persona que aparezca mínimamente relacionada con el aparente delito, a pesar de que muchos solo serán testigos, o ni siquiera eso. El remedio se encuentra en el adelantamiento del derecho, pero no en sí mismo, sino vinculado a la imputación, es decir, en la imputación como mecanismo de garantía tan pronto como se aprecien indicios que apunten a la persona en cuestión, de forma que se evite un doloso retraso de la imputación con vistas a dirigir requerimientos de colaboración a quien, de ser investigado, podría negarse. De no hacerse así, habría, efectivamente, una violación del derecho a la no colaboración activa, pero de resultados de la no atribución de la condición de investigado a quien debía serlo y no lo fue. Es este, cierto, un planteamiento que puede resultar extraño, pues la imputación apresurada es algo que se intenta evitar, entre otras razones por la «pena de banquillo» que entraña, pero que se plasma en la práctica como medio de asegurar la plenitud de garantías procesales. En definitiva, sin ánimo de ser tautológicos, no se debe imputar a quien no corresponde, pero se debe imputar en cuanto proceda a quien sí debe serlo, y ello también en su beneficio.

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 el mismo sentido, STC 68/2006, de 13 de marzo. También favorable a la STC 18/2005 se muestra NIETO GARCÍA, A., «*Nemo...*», *cit.*, pp. 412 y 413.

⁸⁴ Rechazamos por ello la afirmación de SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., «Las Sentencias...», *cit.*, p. 260, de que «el derecho a no declarar contra sí mismo de un administrador social podría vulnerarse, por ejemplo, si, a pesar de que la información se solicitara (coactivamente) a su entidad, éste fuera socio único de aquélla (incluso cuando aportara dicha información a través de un simple mandatario)».

⁸⁵ Esta hipótesis guarda cierta semejanza con la problemática que, desde la óptica del derecho de defensa, puede provocar que se cite como testigo a quien tenga especial conocimiento de la persona jurídica, con la consecuencia de invalidarlo como representante de esta, acerca de la cual se advierte en PÉREZ ESTRADA, M.J., «La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 374 y 375.

Juan José González López

Relacionado con lo anterior, resulta rechazable que la articulación del ejercicio del derecho en el artículo 409 *bis* LECrim limite el ejercicio del derecho al representante designado por la persona jurídica, pues la designación de un representante «necesario» no excluye que sean otras personas naturales las que integren la voluntad de la persona jurídica y actúen como órganos de esta, de modo que exigir la colaboración activa de dichas personas naturales suponga jurídicamente reclamar la colaboración activa de la persona jurídica⁸⁶. Para que sea efectivo y acorde con la peculiar naturaleza de la persona jurídica, el derecho a la no colaboración activa debe predicarse de las personas naturales que ostentan la condición de órganos de la persona jurídica, si bien en la medida en que la colaboración pretendida se proyecte sobre la persona jurídica y conlleve una actuación propia de dichos órganos.

Aplicado a una sociedad anónima, el derecho a la no colaboración activa ha de exonerar de declarar sobre decisiones y actuaciones del Consejo de Administración (de ser este el órgano de administración) a las personas naturales que lo integren, pues el Consejo es órgano de la sociedad, al igual que ha de eximir a un consejero delegado de declarar sobre actuaciones llevadas a cabo como órgano de representación de la sociedad (y por representación nos referimos a la propia e ínsita a la persona jurídica, no a la voluntaria distinta de la asociada al órgano de administración que pueda establecerse), pues, desde el momento en que la eventual declaración afecte a actuaciones de la persona jurídica como tal supondría obligar a esta a declarar en su perjuicio. Mas si la actuación no se enmarcó en su proceder como órgano de la sociedad, no le será aplicable el derecho a no declarar, pues la persona natural será testigo, no investigado. Otro tanto cabe decir de los integrantes de la Junta de accionistas.

En definitiva, la posición de la persona natural llamada a declarar que actuó no solo como tal persona natural sino también como integrante de la voluntad de la persona jurídica se asemeja a la del coimputado, aunque la persona natural no sea investigada⁸⁷. En el caso de los coimputados personas naturales se discute el alcance del derecho a no declarar contra uno mismo y el valor de su declaración, ya

⁸⁶ La solución adoptada por el legislador es una de las múltiples que se ofrecían, y de las más limitadas. Así, en PÉREZ GIL, J. («El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado», PÉREZ GIL, J. y DE ROMÁN PÉREZ, R. (coordinadores), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2011, p. 389) se apuntan como posibles titulares del derecho las personas físicas que forman parte de su entramado organizativo aunque no ejerzan tareas de dirección, o el sujeto que realizó las conductas en provecho de la persona jurídica.

⁸⁷ Ha de tenerse muy en cuenta la posible doble imputación de la persona física y la jurídica (PÉREZ ESTRADA, M.J., «La imputación...», *cit.*, pp. 371 y 372), especialmente relacionada con el primer supuesto del artículo 31 bis.1 CP. Acerca del modelo de responsabilidad penal plasmado en el precepto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (director), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 68 y ss.

que el coimputado, en cuanto investigado, goza de tal derecho, pero a la vez se presenta como testigo (aunque también se discuta si esta posición debe desplegar los efectos procesales propios de aquella) de los hechos cometidos por el otro u otros coimputados⁸⁸. En el supuesto de la persona jurídica, la persona natural puede ser propuesta como testigo, pero, en la medida en que integrara la voluntad de la persona jurídica, es también investigado, bien que no como persona natural, sino como elemento de la persona jurídica. En ambos supuestos se produce una escisión de la personalidad, pues el mismo sujeto es testigo e investigado.

A la persona natural integrante de la voluntad de la persona jurídica le sería aplicable la doctrina expuesta en la STS, Sala de lo Penal, 988/2012, de 3 de diciembre, para el caso de que, llamado como testigo, pero reconocida su condición de investigado en la medida en que su declaración puede referirse a hechos cometidos por la persona jurídica de cuya voluntad era integrante, declare en perjuicio de la persona jurídica⁸⁹. Esto es, para que dicha declaración constituyera prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia sería preciso que viniera confirmada por datos externos (otra fuente de prueba distinta de su declaración)⁹⁰.

Al margen de la polémica doctrinal acerca del criterio expuesto, que no afecta al derecho a no declarar contra uno mismo, existe otra, relacionada con la anterior, respecto de la posición procesal de quien, ya juzgado por unos hechos, comparece como testigo para declarar sobre esos hechos en el juicio de otro investigado⁹¹. En estos casos se manifiesta la insostenibilidad de esta postura, ya que, juzgada la

⁸⁸ Las posiciones doctrinales difieren. Así, en GARCÍA SAN MARTÍN, J., «El estatus procesal del coimputado», *La Ley Penal*, 3 de marzo de 2014, pp. 1 y ss., no se advierte justificación para excepcionar el estatus de testigo al coimputado, salvo (por efectos del derecho a la no autoincriminación) respecto de los hechos cometidos por otro u otros coimputados que se hallen en estrechísima conexión con los suyos. Frente a ello, en ALCÁCER GUIRAO, R., «El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo? Comentario a las SSTC 111/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio», *La Ley Penal* núm. 94-95, junio de 2012, p. 6, se aboga por un estándar reforzado de valoración por las sospechas que plantea su falta de veracidad.

⁸⁹ Sentencia reproducida y analizada en GARCÍA SAN MARTÍN, J., «El estatus...», *cit.*, pp. 2 y ss. Acerca de la evolución de la postura del Tribunal Constitucional, ALCÁCER GUIRAO, R., «El imputado...», *cit.*, p. 2.

⁹⁰ No ahondaremos en el debate apuntado, pero sí parece haber motivos no solo para dudar de la credibilidad de la persona natural respecto de la jurídica, sino también a la inversa, si se toman en consideración los supuestos eximentes del artículo 31 bis.2 CP. Es perfectamente imaginable el caso de que el representante necesario designado por la persona jurídica, investigada, declare en contra de una persona natural integrante de su voluntad y también investigada para intentar acreditar alguno de los supuestos de dicho precepto. Este interés en proyectar sobre otros investigados la responsabilidad de los hechos objeto de la acusación se califica de motivo «instrumental» de las dudas de fiabilidad del testimonio del coimputado en ALCÁCER GUIRAO, R., «El imputado...», *cit.*, p. 2.

⁹¹ Al respecto, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008 manifestó: «La persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad».

Juan José González López

persona jurídica o la persona natural, los hechos acerca de los que se pide declaración a una u otra en el juicio posterior pueden ser los mismos (no conexos, como en el caso de las personas naturales coimputadas), dado que la separación entre la responsabilidad de la persona natural y la jurídica obedece a cuestiones ajenas a los propios hechos en concreto (artículo 31 bis.2 CP). No es admisible que el derecho a la no colaboración activa predicable del coimputado se desvirtúe por la sola circunstancia de tener lugar un juicio posterior⁹².

⁹² Cabe destacar que al coimputado le asiste el derecho a no declarar contra uno mismo (STC 153/1997, de 29 de agosto).

Lo paradójico del distinto tratamiento del coimputado en caso de ser su juicio simultáneo o posterior se apunta en GARCÍA SAN MARTÍN, J., «El estatus...», *cit.*, p. 5. En este sentido, se afirma en la STC 126/2011, de 18 de julio, que «hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de los mismos hechos». En la Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre la declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes, la Fiscalía General del Estado mantuvo que «quien ya ha sido enjuiciado conserva en su ulterior declaración el derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y, por otra parte, está excluido de la obligación de prestación de juramento o promesa de decir verdad».