

**CUANDO EL DEBER SE TORNA EN PERJUICIO: ¿PUEDE  
UTILIZARSE COMO PRUEBA CONTRA UN TESTIGO SU  
DECLARACIÓN EN OTRO PROCESO?**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN  
Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Procesal  
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

Trabajo publicado en ASECIO MELLADO, J. M.<sup>a</sup>, *et al.* (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 757-771.

## CUANDO EL DEBER SE TORNA EN PERJUICIO: ¿PUEDE UTILIZARSE COMO PRUEBA CONTRA UN TESTIGO SU DECLARACIÓN EN OTRO PROCESO?

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN

Profesor ayudante doctor

Departamento de Derecho procesal y Derecho penal

Universidad Complutense de Madrid<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. — 2. EL (INEXISTENTE) DERECHO DEL TESTIGO A NEGARSE A DECLARAR SOBRE HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS. 2.1. Los testigos en el proceso civil: el deber de comparecer, de contestar a las preguntas y de decir la verdad; 2.2. Los derechos de los testigos a no declarar. 2.3. Los testigos en el proceso laboral, contencioso-administrativo y penal. — 3. EL DERECHO A NEGARSE A DECLARAR SOBRE HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS: ESTÁNDARES EUROPEOS. 3.1. Alemania; 3.2. Las *European Rules of Civil Procedure*. — 4. EL DERECHO DE LOS TESTIGOS A NO INCRIMINARSE (ART. 24.2 CE): DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL. 4.1. El derecho a no inculparse en la doctrina del TEDH; 4.2. La doctrina constitucional del TC sobre el derecho de los testigos a no inculparse: la eficacia inculpativa de la declaración testifical; 4.3. El derecho de los testigos a no inculparse en el proceso laboral, contencioso-administrativo y penal. — 5. EL DERECHO DE LOS TESTIGOS A NO INCRIMINARSE: DOS MODELOS POSIBLES. 5.1. El privilegio procesal: la protección del derecho a no inculparse desde el proceso en el que se declara; 5.2. La prueba prohibida: la protección del derecho a no inculparse desde el proceso penal. — 6. CONCLUSION.

**RESUMEN:** El artículo analiza la eficacia inculpativa de la declaración de los testigos. Es decir, si puede utilizarse como prueba de cargo contra un testigo su declaración en otro proceso. Para ello *(i)* examina desde una perspectiva (meramente) legal si existe un derecho del testigo a no declarar sobre hechos que le pueden inculpar penalmente; *(ii)* identifica estándares europeos que permitan poner en contexto la regulación nacional y profundizar en su análisis; *(iii)* analiza desde una dimensión constitucional la eficacia inculpativa de la declaración testifical (art. 24.2 CE); y, por último, *(iv)* reflexiona en torno a los modelos en abstracto disponibles para regular esta cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** Prueba testifical, Deber de declarar, Derecho a no inculparse (art. 24 CE), Inmunidad procesal

### 1. INTRODUCCIÓN

El interrogatorio de los testigos es un medio de prueba a través del que las partes pretenden fijar como ciertos alguno de los hechos fundamentales sobre los que apoyan sus pretensiones o defensas. Es posible que durante el interrogatorio aparezca algún hecho con apariencia delictiva que inculpe directa o indirectamente a los testigos en concepto de autor, coautor, autor mediato, inductor, cooperador necesario o cómplice. Y, como se sabe, «cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito [...] el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal (art. 40.1 LEC). En este punto cabe preguntarse, ¿puede un testigo negarse a contestar una pregunta — pertinente y útil— por considerar que su declaración puede inculparle penalmente? El derecho a no inculparse es un derecho fundamental reconocido en los artículos 24 CE, 6 CEDH y 47 CDFUE, pero ¿puede oponerlo eficazmente un testigo en el proceso civil, laboral contencioso-administrativo o penal?

---

<sup>1</sup> <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

Imagínese que A vende a B un piso. Posteriormente A demanda a B solicitando la anulación del contrato de compraventa, pues considera que existió intimidación durante el proceso de contratación (art. 1265 CC). En la audiencia previa el abogado de A solicita el interrogatorio de X —amigo de B— que estaba presente en el momento de la contratación y que considera que también intimidó a su representado (art. 1268 CC). Durante el interrogatorio se constata que X, bajo las órdenes de B, arrendó el piso superior de A y organizaba fiestas frecuentemente que impedían a este último llevar una vida normal. Además, se constata que todo ello se hizo con el objetivo de que A vendiera el piso a B. En ese momento, el juez civil considera que se está ante un delito de coacciones (art. 172 *et seq.* CP) y lo pone en conocimiento del Ministerio Fiscal para que se interponga la correspondiente querrela (art. 40.1 LEC).

El objetivo de este trabajo es examinar la eficacia incriminatoria de la declaración de los testigos. Es decir, si puede utilizarse como prueba de cargo contra un testigo su declaración en otro proceso.<sup>2</sup> Para ello (i) se examinará desde una *perspectiva (meramente) legal* si existe un derecho del testigo a no declarar sobre hechos que le pueden incriminar penalmente; (ii) se identificarán estándares europeos que permitan poner en contexto la regulación nacional y profundizar en su análisis; (iii) se analizará desde una *dimensión constitucional* la eficacia incriminatoria de la declaración testifical (art. 24.1 CE); y, por último, (iv) se realizarán algunas reflexiones en torno a los modelos en abstracto disponibles para regular esta cuestión.

## **2. EL (INEXISTENTE) DERECHO DEL TESTIGO A NEGARSE A DECLARAR SOBRE HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS**

### **2.1. Los testigos en el proceso civil: el deber de comparecer, de contestar a las preguntas y de decir la verdad**

Como se sabe, el testigo es una persona que no es parte del proceso y que tiene conocimientos sobre hechos fundamentales en los que se apoyan las pretensiones y las defensas de las partes.

En nuestro ordenamiento procesal los testigos tienen el deber de comparecer (art. 292 LEC) y de decir la verdad (art. 365 LEC). Se tratan de obligaciones legales que nacen del genérico deber de colaboración de todos los ciudadanos con la administración de justicia (art. 118 CE). Como contrapartida al cumplimiento de estos deberes, los testigos tienen derecho a una indemnización (art. 375 LEC).<sup>3</sup>

El incumplimiento de estos deberes legales puede acarrear sanciones administrativas y penales. La incomparecencia injustificada del testigo «se sancionará por el Tribunal, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros» (art. 292.2 LEC). La incomparecencia persistente del testigo puede suponer un delito de desobediencia a la autoridad (art. 292.2 LEC en relación con el art. 556 CP). Y, como se sabe, el incumplimiento del deber del testigo de decir la verdad (art. 365 LEC) también se sanciona penalmente (arts. 458 *et seq.* CP).

---

<sup>2</sup> De gran interés sobre la cuestión es el estudio de ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 248-250.

<sup>3</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil*, 4ª ed., Madrid, 2022, pp. 299-306. [Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/74258/>]

Si se examina con detenimiento, puede concluirse que el testigo tiene también un *deber de contestar a las preguntas* —útiles y pertinentes— formuladas por los abogados de las partes y admitidas por el tribunal (art. 368.2 LEC). El incumplimiento de este deber puede acarrear un delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP). Por tanto, el testigo tiene que comparecer, contestar a lo que se le pregunta y decir la verdad.

## 2.2. Los derechos de los testigos a no declarar

La LEC regula determinadas situaciones en las que el testigo puede negarse a declarar sobre aquello —debe insistirse, útil y pertinente— sobre lo que se le pregunta. Conforme al artículo 371 LEC, «[c]uando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho». Este precepto incorpora *un derecho del testigo a negarse a declarar* que puede calificarse como una inmunidad o privilegio procesal en materia probatoria —*legal privilege*— .

Es en EE. UU. y en Reino Unido donde mayor desarrollo legal y científico han tenido los privilegios procesales como institución jurídica. Ahora bien, los privilegios procesales no son una realidad desconocida en los ordenamientos europeos. Aunque existe un menor desarrollo conceptual de ellos, tradicionalmente los códigos procesales europeos nacionales incorporan determinados privilegios —«derechos», en sentido lato— que permiten a las partes o a terceros a negarse a exhibir o revelar una determinada información o fuente de prueba.

El artículo 371 LEC reconoce al testigo el derecho a negarse a declarar sobre hechos que legalmente tiene la obligación de mantener en secreto. El fundamento de este derecho —*lato sensu*— es la protección de la información confidencial y evitar el conflicto de intereses —legal y personal— que de otro modo surgiría en el testigo. Y es que, por un lado, este tiene el deber legal de no revelar una determinada información. Aunque, por el otro, tiene el deber de comparecer, decir la verdad y contestar a las preguntas que se le formulen (art. 118 CE). El testigo, por ello, se encuentra en una encrucijada —«está entre la espada y la pared»—. Debería optar por cumplir con su deber constitucional de colaboración o con su obligación legal de secreto. El eventual cumplimiento de sus deberes como testigo supondría el incumplimiento de un deber legal de confidencialidad, que también podría acarrearle consecuencias desfavorables —*v.gr.*, la obligación de indemnizar los daños y los perjuicios ocasionados por la divulgación de la información— .

Por tanto, el deber de guardar secreto (art. 371 LEC) delimita negativamente el deber del testigo de declarar. De no existir esta obligación de secreto y el reconocimiento legal del privilegio procesal, el testigo no tendría la posibilidad de negarse a contestar aquellas preguntas que han sido formuladas por los abogados y admitidas por el tribunal. Por ello, puede concluirse que, desde una perspectiva (meramente) legal, *el testigo no tiene un derecho a negarse a declarar sobre hechos que le incriminen penalmente*.<sup>4</sup>

## 2.3. Los testigos en el proceso laboral, contencioso-administrativo y penal

En relación con el proceso laboral y contencioso-administrativo, como se sabe, la LEC es de aplicación supletoria (DF 4<sup>a</sup> LJS y DF 1<sup>a</sup> LJCA y art. 4 LEC). Por tanto, debe considerarse que en aquellos órdenes jurisdiccionales los testigos tienen también el deber

---

<sup>4</sup> En relación con ello, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse*, *op. cit.*, p. 249.

de comparecer, contestar a las preguntas que se le formulen y a decir la verdad. En este sentido, debe señalarse que no se reconoce tampoco ningún derecho legal que permita a los testigos a negarse a declarar sobre hechos presuntamente delictivos (art. 92 LJS y art. 60.4 LJCA).

Aunque un análisis detallado de la cuestión desbordaría los límites de este estudio, debe señalarse que los testigos en el proceso penal también tienen el deber de comparecer, de contestar a las preguntas que se le formulen y de decir la verdad (arts. 716 LECrim y 458 *et seq.* CP). La LECrim le reconoce al testigo —con mucha mayor amplitud que en el proceso civil— determinados derechos (legales) a no declarar (arts. 416 *et seq.* LECrim) (*vid. supra*).<sup>5</sup> Sin embargo, tampoco existe el derecho del testigo en el proceso penal a no declarar sobre hechos que le puedan incriminar.

### 3. EL DERECHO A NEGARSE A DECLARAR SOBRE HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS: ESTÁNDARES EUROPEOS

Una vez que se ha concluido que el testigo no tiene en el ordenamiento español un derecho a negarse a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, es de interés examinar la cuestión desde una perspectiva comparada. Esto permitirá poner en contexto la regulación nacional expuesta y, posteriormente, profundizar en su análisis.

#### 3.1. Alemania

En Alemania, la ZPO reconoce determinados «derechos» que permiten a los testigos a negarse a declarar —*Zeugnisverweigerung*—. El § 383 ZPO reconoce el derecho de determinados testigos a negarse a declarar por tener una relación personal con alguna de las partes —*persönlichen Gründen*—. Entre estos están la prometida, el cónyuge o el excónyuge, la pareja en unión civil, aquellos unidos por parentesco de hasta tercer grado, los clérigos, los periodistas y determinados profesionales sometidos a un deber de secreto profesional. El § 384 ZPO, por otro lado, reconoce determinados derechos a negarse a declarar por cuestiones fácticas o circunstanciales —*sachlichen Gründen*—. Entre ellos, se reconoce el derecho a no declarar cuando el testimonio puede causar un perjuicio patrimonial, deshonor y, en lo que ahora interesa, *el riesgo de persecución penal o sanción administrativa para el propio testigo o para personas vinculadas a él*. Cada uno de estos «derechos» tiene un fundamento —qué se protege con él— y una configuración particular que se concreta en sus titulares, contenido y límites.<sup>6</sup>

Si el testigo considera que tiene un derecho a negarse a declarar, deberá alegarlo antes de la vista en la que se le pretende interrogar (§ 386 ZPO). De hacerlo, el tribunal avisará a las partes de la negativa y les dará traslado de las razones del testigo para que estas aleguen lo que consideren. Será posteriormente cuando el juez decida sobre la concurrencia del derecho a negarse a declarar mediante una resolución interlocutoria [§ 387(1) ZPO].

Si un testigo se niega a declarar sin alegar un derecho a no hacerlo o lo hace con base en argumentos que han sido previamente rechazados por el tribunal, podrá imponérsele una multa coercitiva y, en caso de que no la pague, ser detenido [§ 390(1) ZPO].<sup>7</sup> Si el testigo

<sup>5</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2022 [Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/74260/>].

<sup>6</sup> MüKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, “383”, Rn. 4-39 y “384”, Rn. 2-14; MUSIELAK-VOIT/HUBER, “383”, Rn. 2-7 y “384”, Rn. 3-5.

<sup>7</sup> Se trata de uno de los supuestos de prisión por deudas que están incorporados en la ZPO.

se negare repetidamente a declarar, se ordenará su detención hasta que acceda a ello [§ 390(1) ZPO)].

Debe señalarse que el reconocimiento de un derecho a los testigos a no declarar impone también regular cómo se enjuiciará su existencia dentro del proceso. Se trata de una cuestión problemática que no tiene una solución fácil. Se espera que sea el testigo el que alegue y pruebe las razones en las que basa su derecho a no declarar. Esta *carga de la alegación y de la prueba* puede volverse complicada cuando alegue el privilegio basado en el derecho a no inculparse. Se da la paradoja de que el testigo tendrá que convencer al juez de que aquello sobre lo que se le podría preguntar puede acarrearle una sanción. Esto demuestra en qué medida toda propuesta *de lege ferenda* en torno al reconocimiento de estas inmunidades procesales debe ir precedida de una regulación detallada del incidente y del propio enjuiciamiento sobre su existencia.

En el ordenamiento procesal civil alemán, por tanto, el testigo tiene el *derecho legal* a negarse a declarar cuando existe el riesgo de persecución penal o administrativa —*einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden* (§ 384 ZPO)— para él o para su prometida, esposa o exesposa, pareja unida civilmente o familiares hasta el tercer grado (§ 383 ZPO).<sup>8</sup>

### 3.2. Las *European Rules of Civil Procedure*

Como se sabe, las *European Rules of Civil Procedure* son un proyecto conjunto del *ELI* y *UNIDROIT* que suponen un desarrollo regional de los *Principles of Transnational Civil Procedure*.<sup>9</sup> El objetivo de las *European Rules* es proporcionar una serie sistematizada y coherente de reglas más o menos detalladas que, diseñadas sobre la base de la cultura procesal europea, sirvan de modelo para el futuro desarrollo del Derecho procesal civil europeo y nacional.<sup>10</sup> Se trata de un instrumento privilegiado que incorpora parte de la cultura procesal europea y el *acquis communautaire*.

La Regla 91 de las *European Rules* reconoce expresamente la eficacia procesal de determinados privilegios e inmunidades en materia probatoria. En especial, y a título ejemplificativo, se reconoce el derecho a negarse a declarar del cónyuge o persona vinculada por vínculo análogo [Regla 91(2) (a)], el *derecho de los individuos a no inculparse a sí mismos* [Regla 91(2) (b)], el privilegio de los profesionales que están obligados a guardar secreto profesional [Regla 91(2) (c)], de las comunicaciones y propuestas de transacciones entre las partes [Regla 91(2) (d)], de los secretos de Estado y otra información de interés para la seguridad nacional [Regla 91(2) (e)]. Se trata de una lista abierta —*numerus apertus*— y, por tanto, no se excluye que otros privilegios puedan reconocerse en otras leyes procesales o sustantivas. De este modo, en las *European Rules*

<sup>8</sup> STEIN-JONAS/BERGER, “§ 384 ZPO”, (22<sup>o</sup> ed.), Rn. 5-9; MUSIELAK-VOIT/HUBER, ““384”, Rn 4 ; MüKoZPO/DAMRAU-WEINLAND, “384”, Rn 9.

<sup>9</sup> El texto de las *European Rules* puede consultarse en: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules> En relación con las *European Rules* vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional, Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, N<sup>o</sup> 1, pp. 277-297; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 98-101. También son de especial interés los trabajos de SILVESTRI, E., STÜRNER, M., y KERN, C. A. sobre las *European Rules* en GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 199-237.

<sup>10</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las European Rules”, *op. cit.*, pp. 286-288, 289-290; Preámbulo de las *European Rules of Civil Procedure*, pp. 24-31.

los testigos en el proceso civil también tienen un derecho (legal) que les permite negarse a declarar sobre hechos que les pueden incriminar.

#### **4. EL DERECHO DE LOS TESTIGOS A NO INCRIMINARSE (ART. 24.2 CE): DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL**

El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable es un derecho fundamental reconocido en los artículos 24.2 CE, 6 CEDH, 47 CDFUE. Corresponde examinar, ahora desde una dimensión constitucional, qué impacto tienen estos derechos en el proceso civil.

En EE. UU. el derecho a no incriminarse está reconocido en la 5<sup>a</sup> Enmienda. El derecho es eficaz también en el proceso civil y, por tanto, se considera que existe un privilegio procesal a no incriminarse —*privilege against self-incrimination*—. <sup>11</sup>

##### **4.1. El derecho a no incriminarse en la doctrina del TEDH**

Antes de entrar de lleno sobre la operatividad del artículo 24.2 CE en el proceso civil, es de interés examinar cuál es la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a no incriminarse.

En este sentido, y aunque el artículo 6 del CEDH no lo menciona explícitamente, el Tribunal considera que el derecho a no incriminarse está implícito en la noción de un proceso equitativo.<sup>12</sup> El derecho despliega toda su eficacia en el proceso penal y administrativo sancionador. Es un derecho de no interferencia que busca que sea la acusación la que alegue y pruebe los hechos presuntamente delictivos a través de medios de prueba obtenidos sin que haya mediado *coacción y opresión* en el acusado.<sup>13</sup> El TEDH recuerda que el derecho a no incriminarse no es absoluto. Para identificar si ha existido en el caso concreto una afectación del contenido esencial del derecho deben examinarse cuestiones como (i) la naturaleza y el grado de coerción ejercida sobre el individuo para obtener la declaración o el medio de prueba inculpatorios; (ii) la existencia de garantías en su obtención; y (iii) el uso que se hace del material obtenido.<sup>14</sup>

Con base en estos criterios, el TEDH ha identificado algunas situaciones en las que puede considerarse que existe una vulneración del derecho fundamental. Cuando el sospechoso testifica bajo la amenaza de sanciones o cuando es sancionado por negarse a declarar. Cuando se ejerce presión física o psicológica para la obtención del material probatorio. O cuando con engaño o subterfugios las autoridades obtienen información que de otra manera no habrían obtenido.<sup>15</sup>

El TEDH se encarga de delimitar negativamente el contenido del derecho y sostiene que este no se extiende a la obtención de fuentes de prueba o pruebas que «existen independientemente de la voluntad del sospechoso» —documentos, muestras de aliento,

---

<sup>11</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no incriminarse, op. cit.*, pp. 63-64, 250.

<sup>12</sup> Puede encontrarse un resumen de la jurisprudencia principal sobre la cuestión en CONSEJO DE EUROPA/TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*, pp. 25-27.

<sup>13</sup> STEDH de 17 de diciembre de 1996 (19187/91). Asunto Saunders c. Reino Unido,

<sup>14</sup> STEDH (Gran Sala) de 11 de julio del 2006 (Application 54810/00). Asunto Jalloh v. Germany párr. 101.

<sup>15</sup> COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)* p. 42.

sangre, orina, tejidos corporales, etc.—. Por tanto, es directamente la obtención (coactiva) de una *declaración inculpatória* aquello que integra el contenido esencial del derecho.

Por ello, si se examina en detalle la jurisprudencia del TEDH, se concluirá que es la *coacción* en la obtención de la prueba—como regla general, la declaración inculpatória— aquel elemento principal que permite identificar la vulneración del derecho.

El TJUE ha declarado que el derecho a no inculparse forma parte del artículo 47 CDFUE.<sup>16</sup> En este sentido, es de interés recordar que los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la UE como principios generales. Además, conforme al artículo 52.3 CDFUE «[e]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades [...] *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*». Teniendo en cuenta que el artículo 47 CDFUE se corresponde con el artículo 6 CEDH, el TJUE hace propia la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo sobre él.

#### **4.2. La doctrina constitucional del TC sobre el derecho de los testigos a no inculparse: la eficacia inculpatória de la declaración testifical**

El TC ha examinado expresamente la operatividad del derecho a no inculparse (art. 24.2 CE) de los testigos en el proceso civil en las SSTC 21/2021 de 15 de febrero y 143/2021 de 12 de julio.<sup>17</sup>

El supuesto de hecho en ambas sentencias es similar. Unos guardias civiles fueron llamados como testigos en un procedimiento civil en el que su superior jerárquico ejercitaba una acción de rectificación frente a una asociación de guardias civiles (art. 250.1.9º LEC). Como consecuencia de su declaración testifical, se inició contra ellos un procedimiento disciplinario por «grave desconsideración con los superiores en el ejercicio de sus funciones».<sup>18</sup> Confirmadas finalmente las sanciones por la Sala Quinta del TS, los guardias civiles interponen el recurso de amparo. En este alegan que la atribución de valor inculpatório a las afirmaciones realizadas en el proceso civil vulnera su derecho a no inculparse (art. 24.2 CE).

El Tribunal empieza recordando que la garantía de no inculpar es una especie de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable reconocidos en el artículo 24.2 CE. El TC hace propia la doctrina sobre el derecho desarrollada por el TEDH—de ahí el interés en su estudio previo— y reconoce que es la *coacción* en la obtención de la prueba aquel elemento que cualifica la vulneración de su contenido esencial.<sup>19</sup>

El derecho a no inculparse es un derecho que naturalmente despliega su eficacia en el proceso penal y administrativo sancionador: *es un derecho de no interferencia frente al ejercicio del ius puniendi del Estado*—entendido en sentido amplio—. <sup>20</sup> Y, por tanto, en

<sup>16</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de febrero de 2021. (Asunto C-481/19) [ECLI:EU:C:2021:84].

<sup>17</sup> SSTC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] y 143/2021 de 12 de julio [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:143], que incorpora y hace suya la doctrina constitucional expuesta en la primera.

<sup>18</sup> Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

<sup>19</sup> SSTC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 4º y 5º): « [...] la garantía de no autoincriminación no protege frente a las aportaciones auto inculpatórias *per se* sino contra la *obtención de estas pruebas con métodos coercitivos o de presión. Es la existencia de compulsión lo que hace surgir la preocupación acerca de si la garantía de no autoincriminación ha sido convenientemente respetada*».

<sup>20</sup> STC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 4º).

principio el derecho no es operativo en otro tipo de procedimientos que no tengan tal naturaleza sancionadora.

Dicho esto, el tribunal centra su análisis en el valor probatorio de elementos de prueba obtenidos en procedimientos judiciales o administrativos de *naturaleza no sancionadora* —v.gr., procedimientos de inspección tributaria, aduanera, urbanística, entre otros—. En estos casos, es usual que la administración pública tenga el poder de exigir a los individuos la realización de determinadas declaraciones. En la mayoría de los casos, el incumplimiento de este deber puede llevar a la imposición de sanciones. La cuestión de interés se centra en determinar en qué medida estas declaraciones pueden utilizarse en un eventual y futuro proceso penal o administrativo sancionador.<sup>21</sup>

En relación con ello, el tribunal hace suya la doctrina del TEDH y sostiene que el derecho a no inculparse (art. 24.2 CE) no permite a los individuos a negarse a hacer la declaración que se le solicita en un proceso de naturaleza no sancionadora. Ahora bien, el TC considera que en la medida en que el incumplimiento de estos deberes puede llevar a la imposición de sanciones, debe considerarse que se está ante un supuesto de *declaración coactiva*. Por ello, *esta declaración realizada coactivamente no podrá desplegar su valor inculpativo en un posterior procedimiento judicial o administrativo de naturaleza sancionadora*. De este modo, «es en principio indiferente que la declaración coactiva se produzca en un proceso o procedimiento previo al propiamente penal o sancionador [...] lo que es crucial en este contexto es el uso que se dé a la prueba obtenida coactivamente en el curso del [futuro] proceso de naturaleza penal» (STC 21/2021, F.J. 4º y 5º).<sup>22</sup> Es, por tanto, la naturaleza y el grado de coerción ejercida sobre el individuo y el *uso que se hace del material obtenido* aquello que cualifica la vulneración del núcleo esencial del derecho (*vid. supra*).

La relación que existen entre la naturaleza del procedimiento —sancionador o no— y la eficacia del derecho a no inculparse es una cuestión recurrente en la jurisprudencia del TJUE.<sup>23</sup>

Expuesto lo anterior, el TC está en condiciones de examinar la operatividad del derecho a no inculparse en el proceso civil. En relación con ello, el tribunal reconoce que en el proceso civil la declaración de los testigos indudablemente se obtiene de forma coactiva.<sup>24</sup> El individuo está «obligado en su condición de testigo a responder a las preguntas formuladas y a hacerlo de una forma exacta, todo ello bajo apercibimiento de las penas establecidas para el falso testimonio (458.1 CP)» (STC 21/2021, F.J. 6º). Por ello, «la declaración como testigo constituye una aportación coactiva de información, lo que además resulta avalado por la citada jurisprudencia del TEDH que enuncia entre las

---

<sup>21</sup> Se trata de una cuestión que ha sido tradicionalmente examinada en el ámbito tributario. En ese sentido, PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

<sup>22</sup> STC 21/2021 de 15 de febrero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21] (F.J. 5º).

<sup>23</sup> Sobre la eficacia del derecho a no inculparse en el ordenamiento de la UE y su distinta operatividad en procedimientos de naturaleza sancionadora o no *vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de febrero de 2021. *Consob* (Asunto C-481/19) [ECLI:EU:C:2021:84]; Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989. *Orkem contra Comisión* (Asunto 374/87) [ECLI:EU:C:1989:387], VEENBRICK, M., “The Freedom from Self-Incrimination— A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19 P *Qualcomm* and C-481/19 P *DB v Consob*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 10, pp. 750-758; BEKRITSKY, G., “Der Nemo-Tenetur-Grundsatz im Kapitalmarktrecht”, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, Heft , 2021; PALAO TABOADA, C., *El derecho a no autoinculparse*, *op. cit.*, pp. 25-26; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, *op. cit.*, pp. 130-134.

<sup>24</sup> En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, *op. cit.*, p. 249.

situaciones en que cabe pensar que hay una compulsión lesiva del art. 6 CEDH la obligación de declarar bajo amenaza de sanciones» (STC 21/2021, F.J. 6º).

El TC niega que el testigo tenga un derecho a negarse a declarar sobre hechos inculpativos. No existe pues ningún privilegio o inmunidad procesal *ex constitutione* que autorice al testigo a negarse a declarar.<sup>25</sup>

La declaración (coactiva) del testigo no impediría que se abra un proceso de naturaleza penal que tenga como objeto los hechos sobre los que declaró y se le imponga una pena por ellos. Sin embargo, el derecho impide que se utilice esa declaración como prueba para fundar la futura condena penal o administrativa.<sup>26</sup>

De este modo, el artículo 24.2 CE no da al testigo en el proceso civil el derecho a no declarar sobre unos hechos presuntamente delictivos —o constitutivos de una infracción administrativa—. Ahora bien, estas declaraciones carecen de eficacia probatoria en posteriores procesos de naturaleza sancionadora. De esta manera, *el TC traslada la eficacia del derecho a no inculpatarse de los testigos al futuro y eventual proceso penal.*<sup>27</sup>

Esta solución en torno a declaraciones inculpativas de testigos en el proceso civil es la misma adoptada por el TJUE en el asunto *Otto BV c. Postbank*.<sup>28</sup>

#### **4.3. El derecho de los testigos a no inculpatarse en el proceso laboral, contencioso-administrativo y penal**

El interrogatorio de los testigos es un medio de prueba que opera en todos los órdenes jurisdiccionales. Como se ha dicho, en todos ellos los testigos tienen el deber de comparecer, contestar a las preguntas que se les formulen y a decir la verdad (*vid. supra*). Además, en ninguno de ellos existe tampoco el reconocimiento de un derecho legal de los testigos a negarse a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

La existencia de estos deberes y las sanciones asociadas a su incumplimiento supone que la declaración testifical deba considerarse también coactiva en el proceso laboral, contencioso-administrativo o penal. Por tanto, la doctrina constitucional expuesta y lo que en adelante se dirá es aplicable a los testigos en cualquier orden jurisdiccional: estos están obligados a contestar a las preguntas útiles y pertinentes que se les formulen, pero sus

---

<sup>25</sup> Frente al deber del testigo de declarar «no resulta eficaz en línea de principio que el llamado a declarar oponga su interés en no hacerlo por el valor autoinculpativo que, en otro procedimiento y a otros efectos, conlleve su declaración» [STC 21/2021 de 15 de febrero (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21) (F.J. 5º)].

<sup>26</sup> STC 21/2021 de 15 de febrero (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21) (F.J. 7º): «En la perspectiva de la garantía constitucional de no autoinculpatión [...] que un sujeto deponga como testigo (y por ello sometido forzosamente a declarar sobre unos hechos y a hacerlo de un modo exacto) en un proceso civil, o en cualquier otro proceso o procedimiento de naturaleza no penal, *no constituye necesariamente un obstáculo para que en un proceso o procedimiento posterior de naturaleza penal le sea impuesto un castigo por esos mismos hechos. Esta condena resultaría constitucionalmente admisible, en lo que hace a la garantía de no autoinculpatión, si se fundase en elementos de prueba distintos y razonablemente autónomos de la aportación coactiva de información en que consistió su declaración como testigo. Sería, por el contrario, lesiva de la garantía de no autoinculpatión aquella condena o sanción que se sustentase exclusivamente en la manifestación coactiva del testigo o en una prueba razonablemente derivada de ella*» (énfasis añadido).

<sup>27</sup> STC 21/2021 de 15 de febrero (ECLI:ECLI:ES:TC:2021:21) (F.J. 8.): «Verificar que la garantía constitucional de no autoinculpatión es respetada y establecer las cautelas procesales para que su protección sea efectiva *corresponderá, en principio, al procedimiento de naturaleza penal en que la declaración coactiva pueda resultar autoinculpativa*» (énfasis añadido).

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1993. *Otto BV contra Postbank NV*. (Asunto C-60/92) [ECLI:EU:C:1993:876]. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculpatarse*, *op. cit.*, pp. 248-249.

declaraciones no tendrán ninguna eficacia incriminatoria en un futuro procedimiento de naturaleza sancionadora.

## **5. EL DERECHO DE LOS TESTIGOS A NO INCRIMINARSE: DOS MODELOS POSIBLES**

Una vez identificada la operatividad del derecho de los testigos a no incriminarse desde una perspectiva legal y constitucional, corresponde hacer algunas reflexiones sobre el panorama nacional.

Parece claro que conforme a la doctrina del TEDH y TC expuesta no puede utilizarse una declaración obtenida coactivamente como prueba de cargo —y la declaración de los testigos lo es—. Ahora bien, de los estándares europeos identificados puede concluirse que en abstracto existen dos modelos posibles para encauzar la eficacia del derecho de los testigos a no incriminarse. Se puede reconocer un privilegio procesal que permita a los testigos a negarse a declarar o considerar su declaración una prueba prohibida en el futuro proceso de naturaleza penal. Estos modelos funcionan como vasos comunicantes —*i.e.*, debe elegirse uno u otro— y tienen asociadas determinadas ventajas e inconvenientes.

### **5.1. El privilegio procesal: la protección del derecho a no incriminarse desde el proceso en el que se declara**

Es posible que el constituyente o el legislador reconozcan un privilegio procesal —de naturaleza (meramente) legal o constitucional— que permita al testigo a negarse a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Este es el modelo incorporado en el proceso civil en EE. UU., Alemania o el que se propone en las *European Rules* (*vid. supra*). Esta opción supone la *protección del derecho a no declarar contra sí mismo desde el propio proceso en el que se declara*.

Este modelo maximiza la protección del individuo frente al poder. Aunque, por otro lado, puede obstaculizar el enjuiciamiento del fondo del asunto en el proceso en el que se propuso como medio de prueba la declaración del testigo. Tradicionalmente se ha considerado que los privilegios procesales en materia probatoria pueden colisionar con la (pretendida) búsqueda de la verdad material dentro del proceso. El derecho del testigo a no declarar puede dificultar la prueba de los hechos fundamentales que la parte que propuso el interrogatorio del tercero tiene la carga de fijar.

El privilegio procesal supone excluir del proceso elementos fácticos que permiten enjuiciar la tutela que se pretende. Se ha dicho que es posible que el testigo se niegue a declarar sobre alguno de los hechos fundamentales de los que dependa la estimación de las pretensiones o las defensas de las partes. En esos casos, la parte que soporta la carga de la prueba deberá intentar fijar ese hecho como cierto de otro modo. Y es posible que le sea difícil o imposible hacerlo por no existir otros medios de prueba o por no tener acceso a las fuentes de prueba. En ese caso, el derecho del testigo a negarse a declarar obstaculizaría directamente la obtención de la tutela judicial que las partes pretenden (art. 24.1 CE).

### **5.2. La prueba prohibida: la protección del derecho a no incriminarse desde el proceso penal**

También es posible que el constituyente o el legislador no reconozcan ningún privilegio del testigo y proteja su derecho a no incriminarse (art. 24.2 CE) a través de la institución

de la prueba prohibida. Esta opción supone *realizar el contenido esencial del derecho fundamental desde la perspectiva del proceso penal*.

Conforme a este modelo, la protección del núcleo esencial del derecho se desplazaría a la institución de la *prueba* en el proceso penal, que pasaría a ser ineficaz para fundar una sentencia de condena.

Esta opción elimina los obstáculos que para el proceso en el que el testigo declara supone su derecho a no declarar. Además, se situaría la eficacia del derecho fundamental en el ámbito en el que está llamado naturalmente a desplegar su eficacia: el proceso de naturaleza sancionadora.

En relación con ello, es oportuno hacer una valoración crítica de las SSTC 21/2021 de 15 de febrero y 143/2021 de 12 de julio (*vid. supra*). En ellas el TC considera vulnerado el derecho a no inculparse, pues la condena en el procedimiento sancionador se basó «*exclusivamente* en la manifestación coactiva del testigo». La condena habría sido admisible constitucionalmente «si se fundase en *elementos de prueba distintos* y razonablemente autónomos de la aportación coactiva de información en que consistió su declaración como testigo» [STC 21/2021 (F.J. 7º)]. El TC no afirma con la claridad que hubiera sido deseable si se está ante un caso de prueba prohibida o de insuficiencia probatoria. No queda claro pues si la declaración obtenida coactivamente no tiene ninguna eficacia probatoria o, por el contrario, la tiene pero es insuficiente para fundar la condena.

No puede olvidarse que conforme a la jurisprudencia del TC la declaración del testigo sí podría utilizarse como indicio para iniciar el proceso penal. Sostener expresamente que la prueba no tiene ninguna eficacia probatoria sería contradictorio con atribuirle tal valor. La indeterminación en la doctrina del TC podría deberse a esto.

En relación con ello, debe sostenerse que el derecho fundamental a no inculparse debe conllevar la prohibición (absoluta) de utilizar la declaración testifical como prueba en el futuro proceso sancionador. No son admisibles posiciones intermedias. Como sostiene ORMAZABAL SÁNCHEZ «la utilización del testimonio debe quedar por completo vedada en causa penal».<sup>29</sup> Se está ante una declaración coactiva a la que no puede dársele *ningún* valor inculcatorio.

## 6. CONCLUSION

En el ordenamiento español el testigo en el proceso civil, laboral, contencioso-administrativo o penal no tiene un derecho legal o constitucional a negarse a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. En la medida en que el testigo tiene el deber de comparecer, de contestar a las preguntas que se le formulan y de decir la verdad—deberes cuyo incumplimiento puede conllevar una sanción penal—, debe considerarse que su declaración es coactiva.

Por ello, el derecho a no inculparse (art. 24.2 CE) supone que las declaraciones hechas por un individuo en calidad de testigo no tienen eficacia probatoria en un eventual proceso penal o administrativo sancionador.

---

<sup>29</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, *op. cit.*, p. 249.