

TRATAMIENTO PROCESAL DEL SILENCIO DEL ACUSADO EN EL PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Teresa Duerto Argemí
Fiscal

Sumario: 1.- VALOR INCRIMINATORIO QUE DEBE DARSE AL SILENCIO DEL ACUSADO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TC y TS. 2.- INTERROGATORIO DEL ACUSADO COMO PRUEBA EN EL JUICIO ORAL: 2.1. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN. 2.2. DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL: TRATAMIENTO DEL SILENCIO: 2.2.1. Acusado que se ha acogido a su derecho a no declarar durante la fase de investigación. 2.2.2. Acusado que se acoge a su derecho a no declarar en juicio oral, habiendo declarado en fase de investigación. 3.- LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN EL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El presente trabajo pretende abordar la valoración que, como medio de prueba puede tener el silencio del acusado en el procedimiento del Tribunal del Jurado, sin perder de vista que se trata más que nada de un medio de defensa. El derecho a guardar silencio, como derecho comprendido en el derecho a no autoincriminarse está comprendido en el núcleo del derecho a un proceso justo, sin que ello suponga que pueda tener un valor absoluto. El estudio se centra en el estudio del mismo puesto en relación con los indicios incriminatorios existentes contra el acusado, así como en su estudio puesto en relación con las declaraciones sumariales incriminatorias. Y en un plano de mayor practicidad, determinar si es posible la introducción de estas declaraciones sumariales en el juicio oral, y en su caso, cómo poder valorarlas. Por último, se ha introducido una valoración crítica de la regulación que del silencio del acusado hace el Borrador del Código Procesal Penal.

1.- VALOR INCRIMINATORIO QUE DEBE DARSE AL SILENCIO DEL ACUSADO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TC y TS.

Tomando en consideración la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –T.E.D.H.- (caso Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993; caso Murray contra Reino Unido, de 6 de febrero de 1996; caso Saunders contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996; asunto Condrón contra Reino Unido, de 2 de mayo de 2000; y caso Averill contra Reino Unido, de 6 de junio de 2000), se pueden establecer las siguientes conclusiones generales:

a.- El derecho del imputado/acusado a guardar silencio (no responder a las preguntas que se le formulen) y que queda abarcado por el derecho más amplio a no autoincriminarse (no declarar contra sí mismo), si bien no se halla expresamente recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH)¹, es una norma internacional generalmente reconocida² que se halla comprendida en el núcleo del derecho a un proceso justo consagrado por aquel precepto, y que se halla estrechamente ligado al derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 6.2 de dicho texto.

b.- Las exigencias generales de equidad establecidas en el mencionado artículo 6, del que forma parte el derecho a no autoincriminarse, se aplican a todo tipo de procedimientos penales y respecto de todo tipo de infracciones penales, desde la más simple a la más compleja.

c.- El concepto de incriminación no queda limitado a la confesión del hecho delictivo.

El derecho del acusado a no contribuir a su propia incriminación no se puede considerar limitado a la confesión del hecho delictivo o las manifestaciones que le puedan convertir en sospechoso. Una manifestación que, a primera vista, puede parecer desprovista de carácter incriminatorio (manifestaciones exculpatorias o simples informaciones sobre hechos), puede ser utilizada dentro de un procedimiento penal como apoyo de la tesis acusatoria, por ejemplo, para contradecir o crear duda sobre otras declaraciones del acusado o para demostrar su falta de credibilidad.

Affaire Saunders c. Royaume-Uni, Arrêt 17 décembre 1996, Cour Européenne des Droits de l'Homme.

¹ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 4 de octubre de 1979.

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal contra ella (...).

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

(...)

² Según lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 3 g del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo y a confesarse culpable.

d.- Contraviene el derecho a un proceso justo, la condena fundada exclusiva o esencialmente en la negativa a declarar del acusado.

e.- Ahora bien, el artículo 6.1 CEDH no impide valorar el silencio del acusado en aquellas situaciones en las que una explicación suya resulta necesaria a la vista de las pruebas incriminatorias existentes.

“Es necesario establecer en cada caso si las pruebas de la acusación son suficientes como para requerir una respuesta. El tribunal nacional no puede deducir la culpabilidad del acusado simplemente por el hecho de que éste haya optado por guardar silencio. Solamente en el caso de que las pruebas de cargo requieran una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, se puede deducir en base al sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. A la inversa, si el fiscal no puede establecer prueba de cargo lo suficientemente seria como para requerir una respuesta, la ausencia de explicación no debería justificar una conclusión sobre la culpabilidad”.

Affaire John Murray c. Royaume-Uni, Arrêt 8 février 1996, Cour (Grande Chambre), Cour Européenne des Droits de l’Homme.

f.- Por tanto, el derecho a guardar silencio no es un derecho absoluto.

g.- Para analizar si la valoración incriminatoria del silencio del acusado es contraria al artículo 6.1 CEDH es necesario tener en cuenta en función de qué prueba de cargo se ha valorado desfavorablemente el silencio del acusado, así como el grado de coacción inherente a la concreta situación.

h.- Por lo que se refiere al grado de coacción, contraviene el derecho a un proceso justo advertir al acusado de que su silencio podrá ser tenido como un indicio de culpabilidad, por cuanto ello vacía de contenido el derecho a no autoincriminarse. Ello, sin perjuicio, de poder advertirle ante una determinada evidencia incriminatoria, que su ausencia de explicación puede ser valorada desfavorablemente.

i.- Por otro lado, la acusación debe establecer un principio de prueba incriminatoria a la que el acusado deba dar una respuesta.

j.- En los procedimientos con Tribunal de Jurado, éste debe ser debidamente informado o instruido de que sólo se pueden inferir conclusiones desfavorables del silencio del acusado en el caso de que se hallen convencidos de que el silencio se puede razonablemente atribuir al hecho de que el acusado no tiene respuesta lógica que facilitar.

El Jurado deberá explicar en qué forma ha utilizado el silencio del acusado como indicio incriminatorio, pudiendo ser objeto de recurso dicha valoración.

En los sistemas procesales penales en los que el Jurado no tiene obligación de motivar y en los que se desconoce la valoración realizada sobre el silencio del acusado, la exigencia de que las instrucciones dadas por el Juez o Magistrado al Jurado se ajusten a lo anteriormente expuesto se hace más necesaria, so pena de contravenir el derecho a un proceso justo (caso Condron contra Reino Unido).

Si acudimos a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (SSTC números 137/1988, de 7 de julio; 161/1997, de 2 de octubre; 202/2000, de 24 de julio; 2/2002, de 14 de enero; 38/2003, de 3 de febrero; ó 219/2009, de 21 de diciembre, entre otras), podemos concluir que:

a.- Los derechos a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, previstos en los artículos 17.3 y 24.2 de la C.E.³, se hallan estrechamente relacionados con el derecho de defensa y el de presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta.

El juzgador, no puede dar un intolerable paso atrás en el tiempo y utilizar métodos proscritos en nuestro ordenamiento o con abierta vulneración de esos derechos constitucionales, por lo que no puede compeler de ningún modo al acusado a declarar, por cuanto éste no es el objeto sino el sujeto del procedimiento.

b.- La declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa.

El silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o pueda garantizar la futura elección de dicha estrategia. En cuando que medio de defensa, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones.

Sentencia número 161/1997, de 2 de octubre. Pleno del Tribunal Constitucional. Cuestión de inconstitucionalidad 4.198/1996 (en relación con artículo 380 del Código Penal)

c.- En cuanto que relacionados con el derecho de defensa, le prestan cobertura de manera pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quién, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses.

d.- En cuanto que relacionados con el derecho a la presunción de inocencia, entroncan con una de las manifestaciones de éste último, la que sitúa en la acusación la carga de la prueba, la cual no se puede cambiar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

e.- Las garantías frente a la autoincriminación se refieren solamente a las contribuciones del imputado o de quién pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

Al respecto, cabe recordar qué pueda considerarse “incriminatorio” por parte del T.E.D.H.

f.- Ahora bien, en función de las circunstancias propias del caso, puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo

³ El desarrollo en la legislación ordinaria de los derechos reconocidos en el artículo 17.3 se ha producido por el artículo 520.2 de la L.E.Cr.: “Toda persona detenida o presa será informada de modo que le sea comprensible y de forma inmediata (...) de los derechos que le asisten (...): a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen (...); b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...)”.

pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. En esos casos, no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no pueda tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga.

“(…)se denuncia la penalización del derecho a no declarar resultante de sustentar la condena penal impuesta sobre el hecho de haber querido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, guardar silencio ante los agentes y no declarar sino ante el Juez. En cuanto que de este silencio suyo inicial, expresivo del ejercicio de su derecho a no declarar, se habría derivado un indicio de culpabilidad que mediante el correspondiente juicio de inferencia ha llevado al pronunciamiento de condena, se habría de constatar (...) que su presunción constitucional de inocencia se habría visto desvirtuada (...).

(…)la condena penal impuesta no se habría sustentado en la sola valoración contra reo de su negativa a prestar declaración (...)

Ocurre que como siempre que el acusado niega su participación en el delito que se le imputa, a falta de prueba directa, no cabe sustanciar la condena sino en un juicio de inferencia lógica expresivo de la convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles (...)

(…) ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación (...), la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada, o la motivación fuese irrazonable o arbitraria o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio. Por lo demás, sin perjuicio de la razonabilidad de la valoración de la negativa inicial a prestar declaración, la condena se ha fundamentado en otras pruebas de cargo válidas que la demandante no ha cuestionado y a cuya valoración judicial, por no ser arbitraria ni irrazonable, nada cabe oponer en amparo.

Sentencia número 202/2000, de 24 de julio. Tribunal Constitucional Sala 2ª. Recurso de amparo. Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.

g.- No puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, sin que a ello obste la postura procesal del acusado al guardar silencio en la vista oral y no contestar a las preguntas formuladas.

h.- Las anteriores consideraciones son aplicables al silencio guardado por los coimputados/coacusados, respecto de declaraciones incriminatorias de los otros imputadoso acusados.

Por último, si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS números 2/1997, de 29 de noviembre; 470/1999, de 29 de marzo; 1443/2000, de 20 de septiembre; 554/2000, de 27 de marzo; 358/2004, de 16 de marzo; 894/2005, 7 de julio; 297/2006, de 4 de octubre; 390/2009, de 21 de abril; 12 de febrero de 2010 –recurso número 11139/2009-; número 653/2010, de 7 de julio; número 1236/2011, de 22 de noviembre, entre otras), podemos obtener las siguientes conclusiones:

a.- Quien ejercita su derecho a no declarar (total o parcialmente) desde el amparo que le concede la presunción de inocencia está sencillamente ejercitando un derecho constitucional, sin que ello suponga, en principio, una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio.

“(…)El derecho del imputado/acusado a guardar silencio significa la renuncia a tener a aquél como mero instrumento de prueba. Así, el interrogatorio se convierte esencialmente en un medio de defensa, orientado a dar efectividad a la contradicción y a permitir al sometido a proceso refutar la imputación y argumentar para justificarse. La declaración del imputado durante la investigación, y del acusado en juicio, tiene, de este modo, un carácter esencialmente autodefensivo; es un recurso de utilización facultativa, del que sólo ellos pueden disponer…”

Sentencia de 12 de febrero de 2010, recurso número 11139/2009. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Sánchez Melgar, Julián Artemio.

“(…) Tampoco es valorable como “indicio” el ejercicio por el acusado en el plenario de su derecho a no declarar. El acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar por tanto la prueba de su culpabilidad. La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo, el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros”.

Sentencia número 1736/2000, de 15 de noviembre. Tribunal Supremo Sala 1ª. Pte: Prego de Oliver Tolivar, Adolfo.

b.- Cuestión distinta es el alcance que, en determinados supuestos, pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario. Cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación de los hechos por parte del acusado, su silencio puede ser objeto de valoración, pudiéndose deducir una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas.

La decisión de guardar silencio o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporte el acusado pueden ser tenidas en cuenta por el órgano judicial como corroboración de lo que ya está probado. Si la situación reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas aportadas, el sentido común dicta que la ausencia de declaración equivale a que no hay explicación posible.

Al respecto:

“(…)Consideramos preciso dejar constancia de la forma en que se produjeron los interrogatorios de los acusados para afirmar la posibilidad de valorar determinados silencios como refuerzo de otras inferencias y acreditaciones que obran en la causa, pues, como se expresa en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (Caso Murray c. Reino Unido) no cabe considerar injusto el procedimiento criminal por haber tenido en cuenta el silencio de los imputados al evaluar la persuasión de otras evidencias que consten en las actuaciones. En síntesis, (...) la cuestión en cada caso particular es si la evidencia aducida por la acusación es lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente

porque opta por permanecer en silencio. Sólo si la evidencia contra el acusado pide una explicación que el acusado debería estar en posición de dar, su negativa a hacerlo puede, como una cuestión de sentido común, permitir la deducción de una inferencia de que no hay explicación y que el acusado es culpable.”

Sentencia número 2/1997, de 29 de noviembre, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDJ 1997/7954)

También las siguientes:

“El silencio es en realidad la ausencia de una explicación que precisamente porque no existe en nada afecta a la racionalidad de la inferencia obtenida de los indicios; una racionalidad en la deducción que, si fluye de los propios indicios, y discurre a través de las reglas de la lógica y de la experiencia, el solo silencio del acusado por sí mismo no destruye ni atenúa. No se condena por no explicar. Se condena por unos indicios suficientes para construir racionalmente una deducción, es decir, por la existencia de una prueba indiciaria, que como tal no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa”

Sentencia número 470/1999, de 29 de marzo, Tribunal Supremo Sala 1ª. Pte: Prego de Oliver Tolivar, Adolfo.

“...el silencio del acusado en ejercicio de un derecho puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos...”

Sentencia número 1443/2000, de 20 de septiembre, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/30304)

Asimismo:

“(…) La relevancia de un posible silencio explicativo tiene otra naturaleza, de carácter negativo. En efecto, si el ofrecimiento de una explicación, razonable en la medida en que presenta una alternativa posible y probable a aquélla que en principio se desprende de los indicios constatados, aminora o incluso neutraliza la razonabilidad de ésta última como conclusión lógica, es claro que la ausencia de tal explicación no tendrá más relevancia que la de eliminar este efecto aminorador o neutralizador de la razonabilidad en el proceso lógico, pero no sustituye lo que éste no sea capaz de producir a partir de los concretos indicios disponibles. es decir: mientras que una explicación razonable del acusado –que opta por no ejercer su derecho al silencio- puede mermar en su caso la eficacia demostrativa de los indicios existentes disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa, la ausencia de toda explicación no hace otra cosa que dejar intacto el rigor lógico que tuviera en su caso esa deducción, pero no suple la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismos no permiten deducir, por lo cual la cuestión de si el acusado ha dado o no una explicación se ha de valorar en el ámbito de lo que se considera lógico pero no en el del repertorio de datos objetivos y materiales disponibles como indicios.

Sentencia número 1736/2000, de 15 de noviembre. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Prego de Oliver Tolivar, Adolfo.

Por último:

“(…) El valor del silencio del acusado en el acto del juicio oral ha sido analizado desde diversas perspectivas. Primeramente, en combinación con otras pruebas (...), en donde habitualmente es esperable una explicación del imputado ante el cúmulo de hechos que se reflejan delante de él, y que requerirán una explicación por su parte (...), es la denominada doctrina “Murray” admitida por el TEDH, la doctrina del Tribunal Constitucional y la es de esta propia Sala casacional, para valorar el silencio del acusado en función del requerimiento de una mínima explicación que no es proporcionada por aquél...”

Sentencia de 12 de febrero de 2010, recurso número 11139/2009. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Sánchez Melgar, Julián Artemio.

c.- Como expone la mencionada STS de 12 de febrero de 2010, otra perspectiva en la valoración del silencio del acusado es aquella en la que el silencio se proyecta sobre lo previamente declarado por el acusado en fase sumarial, admitiendo la realidad de lo imputado y ofreciendo detalles sobre tal comisión.

Al respecto, la mencionada Sentencia pone de manifiesto que el derecho al silencio es un derecho de uso actual que no tiene efecto retroactivo.

En estos supuestos, aquellas declaraciones anteriores deben ser tratadas como medio de prueba, siempre que se introduzcan en el juicio oral de conformidad con las exigencias de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez.

“(…) Esta sala ha entendido que el silencio o las manifestaciones meramente evasivas del acusado que se hubiera autoinculcado en declaraciones producidas en un momento anterior del trámite son datos a los que cabe legítimamente atribuir valor probatorio de cargo en el contexto de los restantes elementos de prueba existentes en la causa. Y que pese al silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas…”

Sentencia número 297/2006, de 4 de octubre, Tribunal Supremo, Sala 2ª. Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDJ 2006/278392)

“(…) En esta materia debemos recordar que:

1º) Según el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales no son absolutos.

(…)

3º) Se trata de un derecho de ejercicio sucesivo: tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo.

4º) La declaración del acusado supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Consecuentemente, no se afecta al núcleo del derecho a no declarar contra sí mismo, cuando reconociéndole un valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la LECrim. y al amparo del art. 741, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque éste se haya negado a declarar en juicio…”

Sentencia número 894/2005, de 7 de julio. Tribunal Supremo. Sala 2ª. Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.

“(…) Ahora bien, producida la declaración en algún momento del proceso, en virtud de una decisión autónoma del propio interesado, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio y susceptible de ser tratado como tal (…)

Lo primero que interesa determinar es el alcance del derecho del imputado a no declarar. Cuando éste hace uso del mismo, es evidente que no aporta a la causa en trámite ninguna información que tenga en él la fuente de prueba. El instructor contará únicamente con una actitud, que, si persisten indicios de delito en contra de aquél, sólo puede ser interpretada como negativa cerrada de la implicación en los hechos investigados. Si esa actitud se prolonga a lo largo del trámite y se mantiene en el juicio, el efecto aludido se proyectará también sobre todos estos momentos.

Cunado, como se ha dicho, el imputado acepta declarar, lo manifestado pasa a formar parte del material de la investigación, se incorpora a la causa. Aquél podrá prestar o no sucesivas declaraciones y, en ellas, confirmar, ampliar o incluso rectificar lo que ya hubiera manifestado. Pero nunca recuperar o reapropiarse de lo aportado y ya incorporado legítimamente a las actuaciones. Así, tanto lo dicho inicialmente como las ampliaciones y rectificaciones constituirán, en su conjunto, aportaciones valorables a tener de las normas legales vigentes en la materia.

De lo expuesto se infiere que el derecho al silencio es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercitarse en cada momento procesal, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos, ni tiene, por tanto, en ellos, la incidencia que pretende el que recurre. El acusado puede guardar silencio en el juicio, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, con la eficacia de cancelar otras manifestaciones precedentes. Lo adquirido en el curso de la investigación forma parte definitivamente de los autos, de los que sólo podría ser expulsado formalmente por razón de ilicitud”.

Sentencia de 12 de febrero de 2010, recurso número 11139/2009. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Sánchez Melgar, Julián Artemio.

“(…) En efecto, el derecho a no declarar del acusado no comporta su derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores. Ese derecho no se extiende a la facultad de “borrar” o “aniquilar” las declaraciones que haya podido efectuar anteriormente si se hicieron con todas las garantías y con respeto, entre otras, a su derecho a no declarar. Las declaraciones sumariales autoinculpatorias constituyen prueba sobre la que puede edificarse una sentencia condenatoria sin que sea óbice, para ello, que el recurrente se haya negado a declarar en el acto del juicio oral. No puede aducir que no ha podido hacerlas objeto de contradicción en el juicio oral, habría posibilidad de desmentirlas y contradecirlas, sino lo ha hecho es por libre y voluntaria decisión propia de mantenerse en silencio. No es que no haya podido. Es que no ha querido: le bastaba declarar...”

Sentencia número 1236/2011, de 22 de noviembre. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

Todo lo anteriormente expuesto se debe entender aplicable al Procedimiento del Tribunal del Jurado, por cuanto los principios relativos a la valoración de la prueba tienen carácter estructural sin que su vigencia pueda depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge (STS número 653/2010, de 7 de julio).

Como se recoge en la STJ de Extremadura número 2/2011, de 3 de octubre, el Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional más, incluido dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de las peculiaridades de cada tipo de procedimiento, los principios, las reglas y los criterios que se tienen en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse sustancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, porque todos están sujetos en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

No resultaría congruente con la esencia del derecho a la presunción de inocencia que ésta se pudiera enervar por unas determinadas pruebas practicadas en una clase de enjuiciamiento ante una determinada clase de Tribunal y que esas mismas pruebas no fueran suficientes para producir tal efecto si fueran presentadas ante otro Tribunal de composición diferente.

Frente a esta postura mantenida de manera constante por el Tribunal Supremo (SSTS 709/1999, de 7 de junio; 649/2000, de 19 de abril; 1240/2000, de 11 de septiembre; 1443/2000, de 20 de septiembre; 316/2001, de 5 de marzo; 1825/2001, de 16 de octubre; 1992/2001, de 5 de noviembre; 730/2002, de 26 de abril; 791/2002, de 8 de mayo; 1357/2002, de 15 de julio; 1721/2002, de 14 de octubre; 2049/2002, de 4 de diciembre; 86/2004, de 28 de enero; 435/2007, de 16 de mayo; y 653/2010, de 7 de julio, entre otras), no faltan opiniones discordantes. Así, en la última sentencia mencionada se formulan dos votos particulares, y en el formulado por el Magistrado D.

Alberto Jorge Barreiro, éste argumenta que el legislador es totalmente consciente de que la Ley del Jurado ha instaurado en algunos aspectos, entre ellos el probatorio, unos nuevos parámetros procesales que han de extenderse en un futuro inmediato al procedimiento ordinario, a pesar de aceptar que es disfuncional y distorsionador fijar dos sistemas probatorios distintos y con diferentes garantías dependiendo de la clase de procedimiento que se tramite.

2.- INTERROGATORIO DEL ACUSADO COMO PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

2.1. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN.

El imputado, en ejercicio de su derecho, puede prestar declaración tantas veces como así lo solicite, o puede guardar silencio.

a.- Ya hemos analizado a la luz de la jurisprudencia estudiada que, para poder valorar ese silencio, en todo caso deberá haberse ejercitado con total libertad y sin coacción alguna, y tendrán que existir indicios incriminatorios suficientes que hagan necesaria una explicación por parte del imputado, pudiendo valorar de ese modo porque no facilitó esa explicación desde un inicio, cuando tras la investigación se han consolidado esos indicios incriminatorios iniciales y han podido aparecer muchos otros.

b.- En el supuesto de que el imputado opte por prestar declaración, hay que tener presente que, de la forma en que se practique esta diligencia en la fase de investigación dependerá que el Magistrado-Presidente permita o no su introducción en el juicio oral a través de los diferentes cauces que prevé la ley rituarial y que, en su caso, se pueda sustentar con éxito un recurso de apelación o casación contra la indebida denegación de ejercitar un medio de prueba.

Si tenemos en cuenta las manifestaciones o declaraciones sumariales que, prestadas por un imputado, pueden acceder al Juicio Oral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la L.O.T.J. en relación con los artículos 714 y 730 de la L.E.Crim., tendremos que procurar que durante la fase de investigación se practiquen con todas las garantías procesales.

Si el imputado ha prestado declaración a presencia policial debidamente asistido de letrado y advertido de sus derechos, deberá constar claramente la identificación de los agentes que se hallaban presentes en la misma, y que no sólo fueron testigos de lo que narraba el imputado sino también de su comportamiento o estado anímico, o de cualquier otra incidencia que fuera interesante para el enjuiciamiento de los hechos. Y sobre esa declaración deberá ser expresamente preguntado durante la declaración judicial en calidad de imputado, dándole lectura de la misma y preguntando si ratifica todos sus extremos, sin caer en una rutinaria práctica de ratificación de lo afirmado ante los funcionarios de policía.

Si el imputado desea prestar declaración a presencia judicial debidamente asistido de letrado y advertido de sus derechos, se ha de procurar que la misma sea detallada y minuciosa, de tal modo que en el Juicio Oral no se puedan introducir

matices, sino que en caso de que declare algo diferente ello pueda ser alegado efectivamente como una contradicción y admitido como tal por el Magistrado-Presidente; y en el caso de que se acoja a su derecho a no declarar, el Jurado pueda valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores, a la luz de las pruebas inculcatorias existentes.

c.- En la declaración judicial de un coimputado deberá respetarse el principio de contradicción, de tal modo que se dé al acusado una suficiente oportunidad procesal y una ocasión adecuada suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presten, bien con posterioridad.

Al respecto cabe hacer especial referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 1/2006, de 16 de enero⁴:

“(…)el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presten, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski.; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros). Como el Tribunal Europeo ha declarado recientemente, (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”(SSTC 209/2001, de 22 de octubre; y 148/2005, de 6 de junio)..

La anterior doctrina nos ha llevado a declarar que el principio de contradicción es una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio; y 91/2000, de 30 de marzo, todas ellas citadas en la STC 155/2002, de 22 de julio), y, de modo más específico, en relación con el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, que se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTC 2/2002, de 14 de enero; 57/2002, de 11 de marzo; 155/2002, de 22 de julio). Así pues, la garantía de contradicción no requiere, inexcusablemente, que la declaración sumarial haya sido prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. “Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (SSTC 155/2002, de 22 de julio; y 206/2003, de 1 de diciembre). En definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, “aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa” (STC 187/2003, de 27 de octubre).

Así mismo, también hemos declarado que “el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no

⁴ La demanda de amparo se centraba en la validez y en la suficiencia como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, de las declaraciones sumariales prestadas por un coimputado fallecido prestadas sin contradicción que fueron llevadas al juicio oral mediante su lectura de conformidad con el artículo 730 de la L.E.Crim. Conviene poner de manifiesto que esas declaraciones fueron la única prueba en la que se había fundamentado la condena del demandante de amparo y que el Tribunal Constitucional admitió el amparo por cuanto al ser la única prueba de cargo contra el demandante no se satisfizo de forma completamente satisfactoria el derecho de defensa, considerándola finalmente como no suficiente para enervar la presunción de inocencia del condenado.

llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable” (STC 187/2003, de 27 de octubre)...

(...)En este caso, el fallecido D. Manuel prestó declaraciones judiciales en diversos momentos: el 15 de diciembre de 1992 (folios 7.933 y ss); de 21 de diciembre de 1992 (folio 7.927) en la que identifica al demandante de amparo; de 4 de mayo de 1994 (folios 7.955 y ss.) ratificando las anteriores y ampliándolas; y de 6 de julio de 1994 (folio 8.008) ratificando la anterior. Su fallecimiento se produjo, por disparos de armas de fuego, el 12 de septiembre de 1994. El demandante de amparo, por su parte, fue detenido el 21 de junio de 1995 (folio 8.164); en su primera comparecencia judicial en Santiago de Compostela, asistido de abogado, manifestó que no deseaba declarar (folio 8.166); su primera declaración con contenido ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 fue el 23 de junio de 1995 (folio 8.209), con la asistencia de letrado de su designación; y la personación en la causa, con designación de abogado y procurador, fue el 26 de junio de 1995 (folio 8.236). Todo lo anterior pone de relieve que fue imposible que el letrado de su designación pudiera interrogar en ningún momento a D. Manuel, fallecido casi un año antes y que, por lo tanto, no puede imputarse su falta de intervención en tales declaraciones a una actuación constitucionalmente reprochable del órgano judicial...”

Sentencia número 1/2006, de 16 de enero, Tribunal Constitucional Sala 1ª. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDJ 2006/761)

Por tanto, a fin de preservar el principio de contradicción que, en su caso, permitirá la introducción de la declaración sumarial de un coimputado a los efectos previstos en los artículos 714 y 730 de la L.E.Crim., se precisa que no haya ninguna actuación judicial constitucionalmente censurable que haya impedido la intervención del acusado en el interrogatorio de aquél. Qué deba considerarse “actuación constitucionalmente censurable” dependerá de cada caso concreto, pero se ha de tener muy presente que la carga de la prueba de la existencia del hecho y la intervención en él del acusado incumbe o corresponde siempre a la parte acusadora, por cuanto el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como reaccional que es, no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular.

Al respecto, y partiendo de las mismas premisas que la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional:

“(...) el instructor debió, dadas las características del testigo: extranjero y sin arraigo en este país, al amparo del art. 448 LECrim, citarlo de nuevo adoptando las previsiones necesarias por tratarse de un testigo protegido, para que prestara declaración en presencia del letrado defensor, a fin de que éste pudiera someter a contradicción su testimonio.

(...) al ser perfectamente previsible la eventualidad de la falta de localización y consiguiente imposibilidad de asistencia a juicio (...), pues no se trató de la emergencia de un verdadero imponderable, sino, simplemente, de la concurrencia de un supuesto con el que, en términos de experiencia corriente, podría y tendría que haberse contado, y, por pura imprevisión indisculpable, no se contó.

(...)En el caso actual no se hizo nada, cuando pudiera haberse hecho, máxime cuando el testigo protegido tenía domicilio conocido en España. Ni siquiera se intentó en ese momento procesal esa citación por lo que no cabe admitir que una nueva declaración sobre los hechos que imputaba a los ahora recurridos, no hubiese sido factible.

En este extremo caben hacerse dos precisiones:

1ª) Que no puede imputarse a la defensa que no solicitase esa nueva declaración, por cuanto el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como reaccional que es, no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular (...) y por ello la carga de la prueba de la existencia del hecho y la intervención en él del acusado incumbe o corresponde siempre a la parte acusadora.

2ª) Que la defensa consienta en que se diera por reproducida esa declaración sumarial mediante su lectura, no supone una manifiesta aceptación de la posibilidad de que entre a formar parte el acervo probatorio...

Sentencia número 125/2012, de 29 de febrero, Tribuna Supremo, Sección 1ª. Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón

De la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir que:

Primero.- La garantía de contradicción no requiere, inexcusablemente, que la declaración se haya prestado con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto de juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit, que, conforme a las previsiones legales haya podido observarse en la fase sumarial.

En definitiva no existe vulneración del principio de contradicción alguno cuando, aún existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa.

Segundo.- El principio de contradicción se respeta no sólo cuando el imputado goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quién declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable.

Tercero.- Por actuación judicial constitucionalmente censurable debe entenderse toda aquella que no asegura el principio de contradicción cuando previsiblemente esa contradicción no podrá materializarse en el juicio oral, sin que sea exigible a la defensa del imputado no solicitar el interrogatorio de quién declara en su contra.

Cuarto.- Considero que, una cosa es no exigir a la defensa que solicite la declaración del coimputado (o testigo), y otra distinta es darle la oportunidad procesal concreta de manifestarse sobre si solicita que dicha declaración se practique de nuevo con su intervención. En los casos en que habiendo sido requerido a tal efecto no considerara necesaria una nueva declaración, quedaría cubierto el principio de contradicción, por cuanto se le ha dado oportunidad procesal concreta de intervenir en dicha diligencia, y por tanto, la declaración inicialmente practicada en ausencia de la defensa se podría introducir a través de los artículos 714 ó 730 de la LECrim, quedando así cubierta la garantía de contradicción en el juicio oral.

Quinto.- A efectos prácticos resulta totalmente necesario que en caso de incomparecencia de los letrados de los imputados en las declaraciones sumariales de los coimputados (así como en la de los testigos) se haga constar al inicio de las mismas que los mismos han sido debidamente citados, incluso indicando la resolución en que se acordaba la práctica de tal diligencia y la fecha de notificación de la misma. Se ha tener muy presente que en el procedimiento del Tribunal del Jurado la causa original no se remite al Tribunal (salvo todo lo que constituye prueba documental) y por tanto el Magistrado Presidente no tiene a su disposición las actuaciones judiciales a fin de realizar el control oportuno sobre el cumplimiento de la garantía de contradicción en la fase de investigación, y que en caso de no haber dejado constancia expresa al respecto supondrá presumir que la inasistencia no fue imputable al Letrado.

En el caso de tener que reiterar una declaración judicial a los efectos de garantizar su contradicción es conveniente que el coimputado (o testigo) lea o se le lea íntegramente la declaración anterior, que así conste reflejado en la nueva declaración, así como que reconoce su firma en aquélla, y que posteriormente sea preguntado si

ratifica la misma y sobre las cuestiones que en concreto las partes presentes quieran formularle.

d.- Recordar que en la diligencia judicial de reconstrucción de hechos el imputado/coimputado está prestando declaración judicial, debiendo ser advertido de sus derechos, y que el alcance y aplicación de la garantía de contradicción analizada respecto de las declaraciones sumariales es totalmente aplicable.

2.2. DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL: TRATAMIENTO DEL SILENCIO

2.2.1. **Acusado que se ha acogido a su derecho a no declarar durante la fase de investigación.**

Decíamos que, en aplicación de la doctrina “Murray” podrá valorarse el silencio que el acusado mantuvo durante la investigación siempre que, a la vista de los indicios incriminatorios existentes contra él, hubiera sido necesaria una explicación de su parte.

En el caso de que el acusado preste declaración en el juicio oral, será procedente preguntarle si durante la investigación se acogió a su derecho a declarar; y en el caso de que no preste declaración, ello podrá ser introducido a través de la declaración de los agentes encargados de la investigación de los hechos respecto de la declaración policial, y en todo caso, a través del interrogatorio que formulara el Fiscal para su unión al acta.

En todo caso, es necesario explicar al Jurado en qué forma deben valorar ese silencio, de tal modo que entiendan que no pueden fundamentar un veredicto de culpabilidad únicamente por el hecho de que el acusado no haya declarado, sino por la existencia de suficientes indicios incriminatorios contra él, a los que el acusado no quiso dar respuesta alguna hasta el momento del juicio oral, o incluso durante el juicio oral. En todo caso, es el Magistrado Presidente quién debe explicar el alcance del valor del silencio del acusado.

2.2.2. **Acusado que se acoge a su derecho a no declarar en juicio oral, habiendo declarado en fase de investigación.**

Como ya se exponía en la STS de 12 de febrero de 2010, esta es la otra perspectiva en la que el valor del silencio puede ser analizada.

Este análisis conlleva determinar qué declaraciones sumariales podrán ser traídas a juicio oral, en qué forma podrán acceder, cómo podrán ser valoradas, y todo ello desde el prisma del artículo 46.5 de la LOTJ en relación con los artículos 714 y 730 de la LECrim, debiendo determinarse inicialmente si los criterios de valoración establecidos para los procedimientos ordinarios son de aplicación al Procedimiento del Tribunal del Jurado.

2.2.2.1. *Interpretación hermenéutica del artículo 46.5 de la LOTJ*

Como ya se ha apuntado, la doctrina jurisprudencial mayoritaria parte de la idea de que los criterios de valoración de la prueba no pueden depender del procedimiento a tramitar, y por ello, si bien es cierto que una interpretación gramatical literal del artículo 46.5 de la LOTJ, niega que las declaraciones sumariales del acusado puedan ser valoradas por el Tribunal del Jurado, lo cierto es que no se puede sobredimensionar la propia dicción de la Ley del Jurado para entender que la misma excluya, sin más, el procedimiento de confrontación que prevé el artículo 714 de la LECrim. Según esa jurisprudencia mayoritaria, la literalidad del artículo 46.5 in fine lo que quiere proclamar es que las declaraciones prestadas en instrucción por si solas son insuficientes para enervar la presunción de inocencia, de forma que la interpretación combinada de los artículos 46.5, 34.3 y 53.3 de la LOTJ, lo que pone de manifiesto es que el legislador no ha propugnado un rechazo, siempre y en todo caso, de las declaraciones sumariales, permitiendo la incorporación de aquéllas al acervo probatorio cuando se detectan contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en instrucción. (SSTS 1443/2000, de 20 de septiembre; 767/2008, de 18 de noviembre; 653/2010, de 7 de julio; 1236/2011, de 22 de noviembre, entre otras; STSJC número 27/2012, de 15 de octubre, a título de ejemplo).

“(…)Partiendo de una regla general según la cual la prueba valorable es la producida en el juicio oral con las garantías señaladas en la ley, también se contemplan excepciones derivadas de la admisibilidad de la valoración de la prueba sumarial preconstituida y anticipada siempre y cuando se observen los requisitos materiales, subjetivos, objetivos, de fondo y formales que la ley y los principios constitucionales aplicables al proceso penal exigen ...

(…)Este criterio general con sus excepciones expuestas no aparece contradicho por el art. 46.5 de la LOTJ...

(…)La consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como supuesto excepcional de práctica de la prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos.

En términos de la STS 1240/2000 aludida, la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado de 1995 no podría dejar de incorporar un precepto en el que se sintetiza la doctrina constitucional y jurisprudencial al respecto que, como hemos señalado, incluye en el concepto de prueba anticipada supuestos mas amplios que los que resultan del art. 448 de la Ley Procesal Penal, es decir, los supuestos de prueba preconstituida practicada ante el Juez de instrucción, con observancia de las garantías que permiten su valoración, particularmente la contradicción”.

Sentencia número 1443/2000, de 20 de septiembre, Tribunal Supremo Sala 2ª.Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/30304)

“(…) Una interpretación más restrictiva carecería de sentido procesal, al no resultar lógico que, informado de la existencia de las contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en su presencia, se impidiera a los jurados verificar por sí mismos esas contradicciones. Precisamente esta es la razón por la cual el artículo 53.3 LOTJ dispone que el acta del juicio, a la que se deben agregar los testimonios de las declaraciones rectificadas, según lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LOTJ, sea entregada al Jurado antes de que éste pronuncie veredicto, de manera que la convicción del jurado no se forma con las declaraciones sumariales, sino con las manifestaciones expresadas a través en el juicio oral a través de las cuales (...)las declaraciones sumariales son así traídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción de las partes...”

Sentencia número 653/2010, de 7 de julio, Tribunal Supremo, Sala 2ª. Pte: Saavedra Ruíz, Juan.

Más allá de poder considerar el silencio del acusado como una contradicción con lo previamente declarado en fase sumarial a los efectos del artículo 46.5 LOTJ, es de aplicación al Tribunal del Jurado la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual, como quiera que el silencio es un derecho de uso actual, el acusado puede guardar silencio en el juicio, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, de tal modo que, a través del cauce del artículo 730 de la LECrim se pueden introducir en el juicio sus declaraciones sumariales prestadas con todas las garantías, quedando de ese modo sometidas a confrontación y pudiendo ser contradichas por las partes (SSTS 926/2006, de 6 de octubre; 30/2009, de 20 de enero; 1541/2004, de 20 de enero; 590/2004, de 6 de mayo; 12 de febrero de 2010, entre otras. Y SSTC 22/1988, de 18 de febrero; 98/1990, de 24 de mayo; 200/1996, de 3 de diciembre; 41/1998, de 24 de febrero; 14/2001, de 29 de enero; 38/2003, de 27 de febrero; 219/2009, de 21 de diciembre; entre otras muchas).

Y ello, tal y como se argumenta en la siguiente sentencia:

“(…) el principio de contradicción es un principio estructural del proceso, no de la actividad desarrollada por la defensa. Actúa, pues, como fuente de legitimación de la actividad jurisdiccional y de la producción probatoria. A esa visión responde el artículo 46.5 de la LOTJ (...). Si en el legítimo ejercicio del derecho de defensa por el acusado, éste decide no responder a las preguntas formuladas por las partes, limitándose a contestar a su letrado, ningún efecto impeditivo producirá tal actitud en la posibilidad legal que ofrece aquel precepto y, consiguientemente, en la incorporación de las declaraciones sumariales prestadas con todas las garantías. De lo contrario, el silencio del acusado en el juicio oral, tratándose de enjuiciamiento por Jurado, tendría un tratamiento procesal radicalmente distinto al del resto de los procedimientos.

(…) El artículo 46.5 impedirá que se tengan como prueba las declaraciones sumariales de carácter general, pero no impide tener en cuenta aquellos casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de valorarlas una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral, siempre que se hayan practicado en su momento de forma de modo inobjetable. Tal forma de entender el precepto, superando una interpretación rígidamente autónoma del mismo, permite su integración en el sistema general del enjuiciamiento penal, de acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala...”

Sentencia número 767/2008, de 18 de noviembre. Tribunal Supremo, Sección 1ª. Pte: Marchena Gómez, Manuel

En definitiva, y como se argumenta en la STS número 1091/2006, de 19 de octubre, en el proceso penal se busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás, siempre que se ajusten a las exigencias constitucionales y legales y descartando toda indefensión.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 46.5 de la LOTJ tiene voces discordantes dentro del Tribunal Supremo. Así, si se analizan los Votos Particulares emitidos a la STS número 653/2010, de 7 de julio⁵, se puede concluir que:

⁵ Voto particular emitido por el Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, al que se adhieren los Excmos. Srs. D. José Manuel Maza Martín y D. Luciano Varela Castro; y Voto Particular emitido por el Excmo Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

a.- La producción de toda actividad probatoria se apoya esencialmente en la necesidad de realizarse ante la presencia inmediata del Tribunal sentenciador, con observancia del principio de inmediación.

b.- Sólo existen tres supuestos excepcionales en los cuales las declaraciones sumarias pueden ser valoradas: las pruebas preconstituidas, las pruebas anticipadas, y las pruebas de irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible, permitiéndose a través del artículo 730 LECrim, su lectura en juicio oral.

c.- El artículo 714 LECrim no implica la posibilidad de dar valor a las declaraciones sumariales, sino la de provocar una explicación, siendo el contenido de lo explicado elemento para la valoración de lo manifestado en el juicio y sólo de ello. Por consiguiente lo que puede ser objeto de valoración no es la declaración sumarial en sí misma, sino la declaración que se hubiese realizado en el juicio oral y las explicaciones que en dicho acto se hubieren facilitado.

d.- La existencia de jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Supremo que admite la valorabilidad como prueba de cargo de la declaración prestada en fase sumarial, no es razón bastante para suponer que el legislador ha querido acomodarse a ella, en lugar de entender que la norma ha querido impedir el mantenimiento de esa jurisprudencia en el ámbito propio de la Ley del Jurado.

e.- La doctrina jurisprudencial consolidada conforme a la cual carecen de eficacia probatoria las declaraciones sumariales si no se someten a contradicción en la vista oral, no es el objeto de debate. La polémica radica en el nivel hipergarantista que se instaura con el texto legal y que asume unos riesgos⁶ muy elevados en relación con al averiguación de la verdad material en aras de que el Jurado forme su convicción sobre manifestaciones que se presten a su presencia.

f.- No tiene fundamento alguno que se quiera dar una interpretación a un precepto que es preciso. Una interpretación gramatical del precepto revela de forma diáfana que la redacción del texto excluye la eficacia de las declaraciones sumariales para construir sobre ellas la acreditación de los hechos que integran la conducta delictiva. Entre los criterios de interpretación ha de primar el normativo, operación en la que el sentido gramatical del texto legal establece siempre unos límites mínimos que no cabe rebasar. Cualquier interpretación que tienda a desvirtuar su sentido gramatical, será en perjuicio del reo.

g.- La doctrina se halla dividida en dos líneas interpretativas básicas sobre el alcance del artículo 46.5 de la LOTJ: que la contradicción se tenga en cuenta sólo para ponderar la credibilidad o fiabilidad del testigo o del propio acusado, o, que el contenido

⁶ Voto particular del Excm. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro: "...ha de añadirse que tampoco resulta fácil, cuando se trata de conciliar los intereses generales de la sociedad y el interés individual del imputado, prescindir totalmente en el juicio oral del material acopiado en el sumario (...), resulta prácticamente imposible la celebración de un proceso penal ante el Tribunal del Jurado en un período inferior a un año desde la ejecución del hecho (...), es evidente que ningún sistema procesal puede correr con el coste de prescindir de las declaraciones judiciales de la fase de instrucción para obtener, mediante la contradicción en la vista oral, la verdad material a que ha de tender siempre (...), no es fácil, atendiendo a los intereses sociales que se dirimen en un proceso penal, dejar el resultado de la prueba al albur de los intereses personales de los testigos relevantes que modifican sus declaraciones en el plenario (...) la prohibición de que en estos casos opere como prueba de cargo las diligencias judiciales de la fase de instrucción, una vez que se someten a contradicción, aboca a una indefensión social poco justificable (...), no se cuestionan los fines que guían la doctrina jurisprudencial de esta Sala al interpretar el art.46.5 de la LOTJ (...), los razonamientos de la sentencia mayoritaria si bien resultan en sus líneas generales compatibles desde una perspectiva de "lege ferenda", no puede decirse lo mismo cuando los analizamos desde una dimensión de "lege data" (...) debe ser el propio legislador el que derogue el enunciado normativo, tal como ya postuló en su momento el informe al respecto de la Fiscalía General del Estado."

de las declaraciones sumariales opere como prueba de cargo a tener del resultado obtenido en las respuestas cuando explican sus contradicciones.

h.- El artículo 46.5 de la LOTJ lo que establece es que las declaraciones sumariales son utilizables para destacar las contradicciones, pero no para ser usadas en lugar de las de plenario y poderse erigir en prueba de cargo. Y ello es así, porque el Jurado no puede sustituir la falta de credibilidad de esa declaración que percibe en su presencia, por una credibilidad concedida a una declaración sumarial que no vio, ni oyó, ni presencié.

2.2.2.2. *Declaración realizada ante la policía*

No existe uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la validez de las declaraciones policiales a los efectos previstos en el artículo 46.5 de la LOTJ. Mientras que algunas sentencias han aceptado que el atestado policial se integre en el material instructorio a efectos del art. 46.5 in fine (SSTS números 1825/2001, de 16 de octubre; 1357/2002, de 15 de julio; número 179/2006, de 14 de febrero; ó 1215/2006, de 4 de diciembre de 2006), otras resoluciones consideran que los testimonios que pueden utilizarse para la confrontación incluyen sólo las declaraciones realizadas ante el Juez de Instrucción y con garantía del derecho de defensa, excluyendo las prestadas ante la policía que pertenecen a una fase anterior a la formación del sumario (SSTS números 345/2001, de 25 de abril; 1808/2001, de 12 de octubre; ó 255/2002, de 18 de febrero).

Creo que, en principio, las declaraciones prestadas por el imputado en sede policial, no ratificadas ante el Juez de Instrucción no constituyen por sí mismas prueba de cargo. El Tribunal Constitucional en STC número 68/2010, declaró que: “...b) *No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial*”. Asimismo el Tribunal Supremo en la mencionada STS número 653/2010, de 7 de julio, establece que no pueden ser atraídas al juicio oral y sometidas a contradicción las declaraciones vertidas ante la autoridad judicial. En el mismo sentido, la STS número 1236/2011, de 22 de noviembre: “... *respecto de las diligencias que pueden ser testimoniadas y remitidas al Jurado para su valoración, hay que señalar que los documentos testimoniados son instrumentos de valoración para la acreditación de hechos en el proceso penal y por ello, han de tener potencialidad para ser objeto de valoración, esto es, capacidad para formar una convicción judicial. Esta potencialidad sólo es predicable en nuestro derecho, respecto de las declaraciones vertidas ante la autoridad judicial, toda vez que el atestado policial a tenor del artículo 297 LECri, tiene el valor de mera denuncia, en perjuicio de la consideración de testifical necesitada de ratificación en presencia judicial de las declaraciones personales de quienes participan en hechos de conocimiento propio*”.

Ahora bien, si tomamos como punto de partida el final del párrafo extractado, las declaraciones prestadas en sede policial por personas que refieren hechos de conocimiento propio (testigos o imputados/detenidos), ratificadas judicialmente e introducidas en la declaración judicial, podrían tener validez probatoria a los efectos de posibles contradicciones con lo manifestado en el juicio oral, o a los efectos de valorarlas en caso de silencio del acusado, porque pasan a integrar la declaración judicial.

Para ello, es necesario que la ratificación no se haya hecho como una práctica rutinaria, sino que efectivamente se pueda comprobar qué partes han podido ser ratificadas y que otras partes han sido contradichas a presencia judicial (STS número 767/2008, de 18 de noviembre; STSJC número 30/2010, de 9 de diciembre).

En todo caso, el Tribunal Constitucional legitima la introducción en el plenario de la declaración policial ratificada judicialmente:

“(…) en el acto de juicio sólo de procedió a la lectura de las declaraciones solicitadas por las partes (...), habiendo podido el acusado solicitar la lectura de aquella que consideraba favorable (...). Por otra parte, la lectura de la declaración del coimputado prestada en sede policial, se lleva a cabo (...) porque resultaba imprescindible para complementar la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, en la que el declarante se ratifica en la declaración hecha en sede policial (...). Por tanto es esa declaración prestada ante el Juez Instructor la que accede al proceso y la que, en su caso, puede sustentar la condena, lo cual tampoco vulnera en sí mismo las garantías del proceso justo...”

Sentencia número 219/2009, de 21 de diciembre. Tribunal Constitucional, Sección 1ª.

Cabe también hacer hincapié en la posibilidad de aportar la declaración policial prestada por el acusado debidamente asistido de Letrado, a través de la declaración testifical de los funcionarios policiales que se hallen presentes en la misma (SSTS números 949/1996, de 29.11; número 1115/99, 1 de julio; o número 428/2005, 6 de abril). Y ello tanto si se consideran como testigos directos de lo declarado por él mismo, como si, de conformidad con la jurisprudencia mayoritaria, se consideran como testigos de referencia “auditio propio” por cuanto narran lo que personalmente escucharon o percibieron –en este caso las manifestaciones hechas por el acusado debidamente asistido de su Letrado–.

Al respecto:

“(…)En primer lugar, el testimonio prestado en el juicio oral por los guardias civiles que practicaron las primeras diligencias no reprodujo una prueba ilícitamente obtenida sino la declaración, no supuesta sino real, del acusado en el atestado, tras ser informado de sus derechos y en presencia de Letrado, porque así consta en los folios 54 a 59 de los autos del procedimiento ante el Tribunal del Jurado que, en fotocopia, han sido remitidos a esta Sala. Y en segundo lugar, es suficiente la lectura del acta de votación del Jurado y del fundamento jurídico segundo de la Sentencia de primera instancia para comprender que la convicción fáctica que llevó a la condena del acusado no descansó únicamente en el testimonio de los mencionados guardias civiles -en cuya legitimidad constitucional se debe insistir- sino en una pluralidad de pruebas testificales y periciales que priva de toda consistencia a la impugnación deducida en este último apartado del primer motivo del recurso...”

Sentencia número 1.237/2001, de 25 de junio, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDJ 2001/15093)

Sin embargo, la mencionada STS 1236/2011, de 22 de noviembre, tras excluir la posibilidad de introducir en el plenario las declaraciones policiales a los efectos del artículo 46.5 LOTJ, señala que: “... *cuestión distinta es que las partes puedan preguntar sobre estas declaraciones con la finalidad de valorar la credibilidad de lo manifestado en el juicio oral y nunca para basar una sentencia de condena e interrogar a los funcionarios policiales ante quienes se prestaron...*”.

¿En algún supuesto podrá introducirse en el plenario, con potencial incriminatorio, la declaración policial no ratificada judicialmente, a los efectos de contradicción, o en caso de guardar silencio el acusado?

Al respecto hay que hacer especial hincapié en la importante Sentencia del Tribunal Supremo número 1215/2006, de 4 de diciembre (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), en la que se hace referencia al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 28 de noviembre de 2006, adoptado de conformidad con la doctrina constitucional y jurisprudencial analizada en aquélla, y por el que se acordó: *“Admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”*.

El análisis que aborda esta Sentencia⁷ parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 80/1991, de 15 de enero. En esta se exponía que la existencia en sí de tales declaraciones policiales no era cuestionable, trasladándose la cuestión a la delimitación de su naturaleza y eficacia probatoria. Partiendo de la premisa básica del principio de libre valoración de la prueba, y del principio general de que únicamente pueden considerarse verdaderas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, se afirmaba que esa idea no podía entenderse de forma tan radical que condujera a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades legales y constitucionales, siempre que puedan constatarse en el juicio oral y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Citando la Sentencia del Tribunal Constitucional número 206/2003, 1 de diciembre (declaración de un menor ante la policía y ante el Fiscal no ratificada judicialmente) que a su vez se remitía a las Sentencias número 31/1981, de 28 de julio; número 80/1986, 17 de junio; número 36/1995, de 6 de febrero; y número 51/1995, de 23 de febrero, del mismo Tribunal Constitucional, concluye que en todas ellas se afirma que es conforme a la CE integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la CE y el ordenamiento procesal establece, sean reproducidas en el acto del juicio, de modo que quede suficientemente garantizada la contradicción. Se argumenta que en esta Sentencia se permitió la incorporación al juicio oral de la declaración policial mediante el siguiente procedimiento alternativo: bien que el imputado se ratifique en ella ante el Juez de Instrucción, posibilitando así la utilización del artículo 714 de la L.E.Crim.; bien que por los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declaren como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediación.

La ya mencionada STS de 12 de febrero de 2010, hace expresa referencia a los supuestos en que es de aplicación el Acuerdo de 28 de noviembre de 2006. Así: *“... en los supuestos en que el autor confiese los hechos a presencia judicial, existiendo elementos probatorio indiciarios, en algunos casos solamente conocidos por él mismo, o bien que se aporten detalles convictivos que son corroborados en la investigación*

⁷ En el supuesto analizado, el acusado había reconocido su participación en los hechos a presencia policial y con letrado, mientras que a presencia judicial se desdijo de todo lo dicho, y finalmente en el juicio oral no admitió los hechos confesados y significativamente manifestó no recordar determinados extremos. En el juicio oral el acusado fue preguntado sobre esas manifestaciones policiales y las razones que llevaron a desdecirse; y también se preguntó a los agentes.

judicial, y que fortalecen esta asunción propia de responsabilidad, se ha de dar validez probatoria a las declaraciones policiales, asistido de letrado y con información de derechos, cuando los funcionarios ante los que se produce la confesión acuden al plenario y así lo refieren, (pues en este caso, es una especie de advertencia de que aquello que dijeron en aquel acto pudo ser tenido en su contra, una vez que renunció a guardar silencio, declarando, sin embargo, en su contra).”

Este criterio jurisprudencial ya venía recogido en sentencias anteriores, tales como la STS 1825/2001, de 16 de octubre (caso Aitor Zabaleta), la STS 297/2006, de 4 de octubre, o la STS número 1106/2005, de 30 de septiembre, que a su vez cita las Sentencias número 918/2004, 16 de julio y número 349/2002, 22 de febrero. En aquélla última se concluye que se concede valor de prueba de cargo a las actuaciones policiales, en el supuesto de declaración autoincriminatoria⁸ en esa sede no ratificada judicialmente posteriormente, siempre que se haya prestado previa información de derechos constitucionales; se haya prestado a presencia de letrado, y se haya complementado en el juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente interviniente en la misma. Asimismo, se insiste en la idea de que los mencionados testigos de referencia no suplantán al autor de la declaración si este se encuentra a disposición del Tribunal, pues el órgano no deja de valorar mediante la percepción del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado en las manifestaciones del acusado, aunque fueran parcial o totalmente evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido, o incluso cuando guarda silencio y no da explicación alguna del porque de su reconocimiento, existiendo indicios incriminatorios que corroboran ese reconocimiento inicial.

La conclusión a la que forzosamente se ha de llegar es que las declaraciones policiales del acusado en las que éste reconozca los hechos y su participación en ellos, hallándose corroborada esa participación por otros indicios incriminatorios, se hallen o no ratificadas judicialmente podrán ser llevadas a juicio oral a través de lo dispuesto en el artículo 46.5 en relación con los artículos 714 ó 730 de la L.E.Crim., al igual que, como a continuación analizaremos, ocurre con las declaraciones judiciales.

Las declaraciones policiales que no supongan reconocimiento de los hechos, únicamente podrán acceder al plenario por el cauce indicado, si han sido ratificadas judicialmente.

Asimismo, dichas declaraciones policiales podrán acceder al juicio oral a través de las declaraciones de aquéllos que las hubieran oído directamente, como por ejemplo, los funcionarios policiales. Siendo ello tanto aplicable para el supuesto en que el acusado se haya negado a declarar como en el supuesto en el que haya declarado y a los efectos de poner de manifiesto las contradicciones en las que puede haber incurrido con lo manifestado en el juicio oral.

2.2.2.3. Cauce procesal a través del cual pueden acceder las declaraciones sumariales.

⁸ A estos efectos, debe entenderse por “incriminatorio” el reconocimiento de los hechos y su participación en los mismos. Importante es este matiz, a la vista de lo que la doctrina del TEDH, entiende por “incriminatorio” (Affaire Saunders c. Royaume-Uni, Arrêt 17 décembre 1996, Cour Européenne des Droits de l’Homme) .

No han faltado pronunciamientos según los cuales la negación a declarar no implica contradicción entre las declaraciones sumariales y las evacuadas en el juicio oral. En las tres sentencias que se extractan a continuación se posibilita la lectura de las declaraciones sumariales prestadas por coimputados ya condenados por iguales hechos que se niegan a declarar en el juicio oral celebrado respecto del coimputado o coimputados, en base a lo dispuesto en el artículo 730 de la L.E.Crim.

“(…)Las acusaciones, sin protesta alguna de la defensa, presentaron y se acordó la unión de las declaraciones del acusado en el sumario, las cuales fueron realizadas con observancia de todos los requisitos que permiten su consideración de actividad probatoria, la presencia del Juez, del imputado, su defensa, el Ministerio fiscal y la acusación particular.

Desde la perspectiva expuesta, el acusado que ya había declarado en el sumario con todas las garantías es instado a que declare en el juicio oral. En ejercicio de su derecho el acusado no declara y las partes acusadoras se ven imposibilitadas de practicar una prueba (art. 730 Ley procesal) acordando su incorporación, por testimonio, de las declaraciones del acusado en la instrucción.

El Tribunal de Jurado, atento al juicio oral manifiesta haber tenido en cuenta las pruebas periciales practicadas en el juicio oral, los testimonios producidos en el juicio y también las declaraciones del acusado, entendiendo éste último fundamento de la convicción tanto la valoración del silencio del acusado en el juicio oral cuando ya existía una actividad probatoria en contra del acusado y cabía esperar de él una explicación a los hechos que no dio, como también a través del testimonio de una prueba del sumario, practicada de forma inobjetable desde los principios constitucionales y legales que regulan la producción de la prueba y que no llegó a practicarse en el juicio oral por causa independiente de la voluntad de las acusaciones.

Consecuentemente procede estimar el motivo no como vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la acusación particular, sino entendida la impugnación como censura a la decisión del tribunal encargado del conocimiento de la apelación de negar la valoración de las declaraciones del acusado en la instrucción y la negativa a declarar el acusado en el juicio oral...”

Sentencia número 1443/2000, de 20 de septiembre, Tribunal Supremo Sala 2ª.Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/30304)

Y se insiste en la posibilidad de aplicar el artículo 730 de la L.E.Crim. en la siguiente:

“...La Sala enjuiciadora de instancia, actuó correctamente cuando negó la lectura de lo declarado por los acusados, ya que negándose a responder a las preguntas de la acusación particular, en uso legítimo de su derecho, mal podía actuarse conforme al art. 714 L.E.Cr, previsto para deshacer contradicciones entre las declaraciones sumariales y las evacuadas en el juicio oral. Además, su forzamiento, hubiera sido contrario al derecho a no prestar declaración que le asiste como a todo imputado.

Ahora bien, puesto que como tal testigo impropio, y en la medida que su testimonio recogido en el sumario, prestado ante el Juez instructor, podía servir de elemento probatorio frente a otros coimputados, las partes acusadoras, negada que les fuera la lectura de las declaraciones sumariales por la vía del art. 730 L.E.Cr., debieron formular protesta y recurrir en casación por quebrantamiento de forma (denegación de diligencia de prueba), cosa que no han hecho.

El derecho era obvio, pues del mismo modo que al acusado se le respetó la posibilidad de no declarar, también a las partes acusadoras, se les debió permitir el uso de los medios probatorios pertinentes, so pena de quedar desprotegidas y sin tutela efectiva, en el proceso. La defensa, por su parte, hizo lo más conveniente procesalmente para ella en el juicio oral, y ahora sostiene, con razón, en el recurso el derecho a que no se tengan en consideración pruebas que se han introducido sin la exigida regularidad en el plenario (ausencia de contradicción, infracción del derecho de defensa).”

Sentencia número 257/2002, de 18 de febrero, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2002/6055)

Y en esta última:

“...El art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la lectura de las declaraciones sumariales cuando no puedan reproducirse por causas ajenas a la voluntad de las partes. La negativa de los comparecientes es una causa independiente de la voluntad del Ministerio Fiscal que la propuso y de la Defensa que también lo hizo, sin que se debiera en ningún caso, como en el supuesto contemplado por la sentencia de esta Sala 279/2000 de 3 de marzo, a animosidad confesada contra el acusado.

(...)el valor probatorio de las declaraciones de José Antonio y de José María, que fueron coimputados en el mismo proceso y condenados por sentencia de 21 de octubre de 1989, pues ambos, en sede judicial, habían reconocido los hechos y la participación en los mismos del recurrente...”

Sentencia número 1.620/2000, de 21 de diciembre, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDJ 2000/67055)

Sin embargo las sentencias más recientes estudiadas, entienden que, a los efectos previstos en el artículo 46.5 de la LOTJ, el silencio del acusado debe entenderse como contradicción, y acceder al acervo probatorio a través del artículo 714, aunque con alguna especificidad derivada de aquel precepto especial.

“...el recurrente se negó a contestar a las preguntas que le formularon la acusación particular y el Abogado del Estado. Ahora bien, se le pregunta concretamente, entre otras cosas, si se ratifica en sus declaraciones anteriores en el Juzgado (...). De esa negativa a contestar a las diversas preguntas que se le formulan, y que aparecen reflejadas detalladamente en el acta, acogándose al derecho a no declarar, no cabe, sin más, concluir que no ha existido contradicción. El contenido de los folios especificados por la acusación era evidente y conocido por el acusado y su defensa (...). Además, el resto de las preguntas incidía directamente sobre los hechos...”

Sentencia número 38/2003, de 27 de febrero, Tribunal Constitucional Sala 1ª. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDJ 2003/ 83856)

Asimismo:

“(...)En definitiva (...) el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación por su parte acerca de los hechos.

Por ello el silencio del acusado sí puede entenderse como una contradicción a los efectos del art. 46.5 LOTJ, pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una “contradicción” a los efectos del art. 46.5 LOTJ.

(...) no se afecta al núcleo esencial del derecho a no declarar contra sí mismo, cuando reconociéndole su valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la LECrim, y al amparo del art. 741, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque éste se haya negado a declarar en el juicio.

Procede, por ello, considerar que la calificación del silencio como “contradicción” no afecta a derecho constitucional alguno. La práctica de dicha prueba ha de efectuarse en la forma prevista en el artículo 46.5 LOJ para gestionar las contradicciones en relación con los derechos del acusado: a) Incorporación al acta de los testimonios; b) No lectura de los mismos; c) Apertura de una nueva fase para esclarecerlos. Esta fase se puede cerrar de nuevo si el acusado mantiene la voluntad de no declarar pero, en todo caso, ya se ha respetado el principio de defensa y contradicción.

En definitiva, el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECrim, dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas (...), y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECrim unir

testimonio de las anteriores manifestaciones incriminatorias a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras.

En ambos casos debe considerarse que la presencia en el acto de juicio y la evaluación judicial de su silencio permiten dar valor a sus declaraciones sumariales porque, de nuevo, la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho a guardar silencio.

Sentencia número 894/2005, 7 de julio. Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte. Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.

Criterio el de esta última sentencia que se mantiene y reproduce literalmente en la STS número 1236/2011, de 22 de noviembre; o en la STSJ de Extremadura número 2/2011, de 3 de octubre.

A la vista de lo anteriormente expuesto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

a.- El silencio del acusado podrá ser entendido como refutación del referente sumarial, siendo de aplicación el artículo 46.5 en relación con el artículo 714 de la LECrim.

b.- A los efectos de cumplir con los requisitos de contradicción en juicio oral:

b.1.- Se deberá formular interrogatorio, sobre la base de los indicios incriminatorios que puedan existir contra el acusado.

b.2.- Como indicio incriminatorio podrá ser considerada la declaración sumarial (policial y/o judicial) en la que el acusado reconozca los hechos y su participación en ellos.

b.3.- Si atendemos al criterio del TEDH, el concepto “incriminatorio” es más amplio que el reconocimiento de los hechos. A los efectos de determinar el alcance que tiene el derecho del acusado a no contribuir a su propia incriminación entiende que no se puede considerar limitado a la confesión del hecho delictivo o a las manifestaciones que le puedan convertir en sospechoso, por cuanto una manifestación que, a primera vista, puede parecer desprovista de carácter incriminatorio (manifestaciones exculpatorias o simples informaciones sobre hechos), puede ser utilizada dentro de un procedimiento penal como apoyo de la tesis acusatoria, por ejemplo, para contradecir o crear duda sobre otras declaraciones del acusado o para demostrar su falta de credibilidad (*Affaire Saunders c. Royaume-Uni*, Arrêt 17 décembre 1996, Cour Européenne des Droits de l’Homme).

En estos supuestos, indicio incriminatorio podrá ser considerada la declaración policial debidamente ratificada judicialmente o la declaración judicial.

b.4.- Deberá aportarse testimonio de aquellas declaraciones sumariales, para su unión al acta del juicio oral.

b.5.- No podrán ser objeto de lectura durante el juicio oral, por prohibición expresa del artículo 46.5 de la LOTJ.

c.- Cumplidos esos requisitos, la valoración que se pueda hacer de esas declaraciones sumariales dependerá de si nos atenemos a lo doctrina mayoritaria o la doctrina minoritaria del Tribunal Supremo.

c.1.- Según la primera, tras el interrogatorio y aunque no se haya procedido a la lectura de las declaraciones sumariales aportadas por testimonio por estar prohibido legalmente, éstas tendrán verdadero valor incriminatorio puestas en relación con el silencio (o contradicción) del acusado en juicio oral, pudiendo los jurados constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia (SSTS números 649/2000, de 19 de abril; número 1.237/2001, de 25 de junio; 1825/2001, de 16 de octubre; 1.970/2001, de 30 de octubre; 767/2008, de 18 de noviembre; ó 653/2010, de 7 de julio, entre otras; y STSJ Madrid 3/2007, de 14 de febrero a título de ejemplo).

En todo caso, como ya se recogía en la STS número 653/2010, de 7 de julio, carece de todo sentido procesal que, informados de la existencia de las contradicciones, se impidiera a los jurados que pudieran verificar por sí mismos esas contradicciones, y precisamente por ello se dispone legalmente que el testimonio aportado sea integrado en el acta del juicio.

Por tanto, deberá permitirse formular las preguntas y que estas aparezcan reflejadas en el acta del Juicio Oral, de tal modo que los miembros del Jurado puedan tener conocimiento de aquello respecto de lo que el acusado ha querido guardar silencio y no dar explicación. Como no se puede obligar a las partes que aporten las preguntas por escrito, si se formulan oralmente y se van recogiendo en el Acta del Juicio Oral, el Jurado las oirá directamente. Por tanto, si se formulan por escrito interesando la unión del escrito de interrogatorio al Acta, debe interesarse que igualmente se permita su lectura frente al Jurado y las demás partes, a efectos de garantizar los principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad que rigen en el Juicio Oral. En caso de no ser permitida su lectura, deberá hacerse constar la oportuna protesta a los efectos del recurso correspondiente.

Por otro lado, en caso de rechazarse el testimonio aportado a tales efectos debe formularse protesta por generar indefensión material, ya que se excluye con esa decisión la posibilidad de que las declaraciones sumariales puedan ser valoradas (STSJ Madrid número 6/2006, de 5 de junio).

En todo caso hay que tener presente que cabe la posibilidad de que el testimonio de la declaración policial o judicial con respecto a la cual se haya declarado la contradicción no sea íntegro, sino que aportado que sea se deduzcan tantos testimonios como contradicciones se hayan alegado y admitido por el Magistrado-Presidente, y ello a los efectos de que el Jurado no pueda acceder al total contenido de aquellas declaraciones sumariales.

c.2.- Según la segunda, el hecho de que no se pueda dar lectura a las declaraciones sumariales y de que el uso autorizado de los testimonios de las mismas se reduce a su examen por quien preside el juicio oral a fin de decidir si acepta o rechaza las eventuales preguntas de las partes a medios probatorios personales (cuando esas preguntas partan de la premisa de que lo que manifiestan en dicho juicio se contradice con las declaraciones anteriores testimoniadas), únicamente permitirá que se utilicen aquéllas a los efectos de valorar la credibilidad del acusado en juicio oral frente a una batería de indicios incriminatorios en su contra, y la inadmisión de los testimonios no supondrá indefensión material alguna por indebida denegación de prueba (STS número 1385/2011, de 22 de diciembre (Pte: Luciano Varela Castro)).

¿En qué forma cabrá actuar en los supuestos en que el acusado no responda al Ministerio Fiscal, y sí lo haga a otras partes procesales?

Al respecto, y por la innovación que supone respecto a las sentencias anteriores en las que ninguna diferencia se hacía entre los supuestos de silencio total y silencio parcial del acusado, cabe hacer especial mención a la ya reiteradamente citada STS número 1236/2011:

“(…) El Ministerio Fiscal hizo constar las preguntas que hubiera hecho al citado acusado y tras ello procedió este último a contestar las preguntas que le hizo la abogada de la coacusada, siendo al término de esa declaración cuando el Ministerio Fiscal interesó que se incorporara al acta el testimonio de las declaraciones del acusado que aportó en ese momento a la vista de las contradicciones que apreciaba y dado que en ese acto no habría querido responder a sus preguntas. Tras la protesta de la parte recurrente (...) se acordó finalmente (...) la incorporación de dichas declaraciones.

En esas condiciones la decisión de que la aportación del testimonio no fue extemporánea debe entenderse correcta. El acusado no se acogió a su derecho a guardar silencio de forma absoluta – lo que hubiera posibilitado la aportación del testimonio en ese momento-, sino que manifestó su deseo de responder a las preguntas de las defensas. Resulta, por ello, evidente, que sólo después de haber contestado a las preguntas del primer abogado de la defensa que le interrogó y no antes, podían constatarse por el Ministerio Fiscal la existencia de alguna contradicción entre la declaración en el juicio oral y otras manifestaciones anteriores suyas que constaran documentadas en el sumario, y aportar el oportuno testimonio a los fines previstos en el art.46.5 LOTJ.

No obstante (...) no fue válidamente aportado al acto del juicio oral por cuanto no se concretaron las divergencias apreciadas con objeto de que todas las partes –incluido el jurado- pudieran conocerlas y para que el declarante a quien se atribuye la contradicción tuviera oportunidad de explicarlas o esclarecerlas en dicho acto.

De esta sentencia se ha hecho eco recientemente la STSJC número 6/2013, de 4 de febrero, al afirmar que en los supuestos en que el acusado no guarda silencio de manera absoluta, hay que estar al resultado de esa prueba, para después del interrogatorio constatar si se ha producido o no contradicción entre la declaración que se ha prestado en el juicio oral y las manifestaciones anteriores que consten en el sumario, y aportar, por ende, los testimonios que contengan las declaraciones realizadas en fase instructora, de tal modo que en el caso de autos, el Tribunal considera infringido lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LOTJ por cuanto no se visionó la declaración de la acusada y se leyó íntegramente su declaración ante el Juzgado de Instrucción, sin proceder a la constatación de la existencia de contradicciones entre ésta y la prestada en juicio oral al responder a su letrado.

Este posicionamiento choca frontalmente con la dicción del artículo 46.5 de la LOT, según el cual: “...podrán interrogar (...) sobre las contradicciones (...) se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”. Es decir, únicamente se pueden alegar contradicciones cuando se está en el uso de la palabra, pero no cuando estas aparecen durante el interrogatorio de otra parte.

En todo caso, alegadas que sean de forma concreta las contradicciones advertidas y confirmadas éstas por el Magistrado Presidente, tendrá que ser éste el que interroge al acusado para darle la oportunidad de esclarecerlas.

Un problema práctico puede darse en supuestos de declaraciones extensas. Si la advertencia de contradicción debe hacerse al final del interrogatorio de la parte que esté

en el uso de la palabra, deberán hacerse las comprobaciones pertinentes para asegurar la respuesta dada en juicio oral, y ello puede suponer la audición de la grabación de la vista, toda vez que el acta que se recoge es sucinta.

¿"No recordar nada" puede equivaler a una contradicción?

Al respecto puede entenderse, en supuestos de contumacia negativa a recordar los hechos, sobre los que previamente se ha declarado, que a los efectos del artículo 46.5 LECrim existe una contradicción, y como tal puede ser tratada esa "falta de memoria". Sirvan de ejemplo las dos sentencias que, a continuación se extractan, y que, eso sí, van referidas a testigos que manifiestan en juicio oral no recordar nada o no recordar lo esencial de su declaración inicial:

"Es evidente la falta de correspondencia entre la declaración del testigo en el Juicio Oral en el que dijo no recordar nada y la sumarial anterior en que narró la material participación del hoy recurrente en el atentado y asesinato cometido en términos muy precisos (...) con asistencia letrada ante el Juez de Instrucción cumpliendo las exigencias legales; contradicción que se le hizo ver al testigo en el interrogatorio del Juicio oral, sin más explicación que el decir que en la actualidad no recordaba nada de lo sucedido. De este modo su declaración sumarial quedó incorporada al plenario sometiéndose a la contradicción de las partes."

Sentencia número 1094/2009, de 19 de octubre. Tribunal Supremo Sección 1ª. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo.

"Como quiera que, al declarar en el acto de la vista (...), manifestara no recordar que hubiera identificado al acusado (...), a instancias del Fiscal, el Magistrado Presidente entendió razonablemente que ello suponía una contradicción –de las previstas en el artículo 46.5 LOTJ– con su declaración policial (...), por lo que, teniendo en cuenta que dicha declaración había sido ratificada después expresamente ante el Juzgado de Instrucción, en forma que no puede considerarse rutinaria, a la vista de las explicaciones complementarias (...) que le fueron pedidas (...), se autorizó correctamente la aportación de los oportunos testimonios y su unión al acta para su examen por el Jurado..."

Sentencia número 30/2010, de 9 de diciembre. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal. Pte: Carlos Ramos Rubio.

¿Se menoscaba el principio de contradicción al introducir ex artículo 46.5 de la LOTJ las declaraciones sumariales inculpativas de un coacusado que se acoge a su derecho a no declarar en el plenario?

Se ha de partir de la premisa, ya estudiada, de que aquellas declaraciones sumariales han debido de ser practicadas con todas las garantías procesales, y en concreto, respetando la garantía de contradicción.

Asimismo, se ha de tener presente que, si bien la declaración inculpativa de un coimputado es una prueba constitucionalmente legítima, ha de venir corroborada mínimamente⁹ por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de

⁹STC número 142/2006, de 8 de mayo: "...se deja a la casuística la determinación de los supuestos en que puede estimarse que aquélla existe, atendiendo, por tanto, a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (...) si bien en sentido negativo, hemos afirmado que los elementos de veracidad objetiva que

cargo, puesto que al coacusado, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente, de tal modo que se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción. Precisamente dicho déficit de contradicción, que es cosustancial a la declaración de cualquier coimputado, unido a su posición en el proceso, es lo que justifica que sus manifestaciones, cuando son prueba única, no adquieran entidad suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (SSTC número 2/2002, de 14 de enero, y 142/2006, de 8 de mayo).

Partiendo de estas premisas, y por tanto, disponiendo de declaraciones sumariales incriminatorias obtenidas con todas las garantías que, a su vez, se ven corroboradas por elementos objetivos periféricos y que guardan relación con la participación del otro acusado en los hechos delictivos, será de aplicación a los coimputados todos lo manifestado anteriormente respecto a la valoración del silencio del acusado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LOTJ en relación con el artículo 714 de la LECrim.

Unicamente será exigible, a fin de preservar el principio de contradicción que, conforme a las exigencias del artículo 24.2 CE, interpretado conforme al artículo 6.3 d) CEDH, el acusado tenga derecho a interrogar o hacer interrogar a quien declara en su contra para de este modo contravenir su credibilidad y el contenido de su testimonio, lo que se satisface dándole a aquél la ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso. Lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva que la falta de contradicción no traiga causa de una actuación judicial reprochable.

“(…) este Tribunal ha admitido también tal posibilidad, a través de las previsiones de los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que “el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción” (STC 155/2002, de 22 de julio). De esta forma se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (STC 187/2003, de 27 de octubre).

Sentencia número 1/2006, de 16 de enero, Tribunal Constitucional Sala 1ª. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto (EDJ 2006/761)

En igual sentido se pronuncia, la ya mencionada Sentencia número 125/2012, de 29 de enero, e iguales planteamientos se alegan en la siguiente:

“...Si el recurrente no pudo formular preguntas a los co-imputados durante la instrucción fue fundamentalmente por su propia actitud procesal: poniéndose en situación de rebeldía hizo imposible que las diligencias sumariales se practicasen con contradicción. No puede reclamar

pueden rodear la declaración, tales como su coherencia interna o la inexistencia de resentimiento, no constituyen factores externos de corroboración (...). Debe tenerse en cuenta igualmente que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (...), siendo por tanto necesaria la adveración de las declaraciones mediante algún dato externo también en el caso de pluralidad de coacusados. Finalmente la corroboración ha de estar referida necesariamente a la participación del acusado en los hechos punibles que el juzgador haya considerado probados.

sus derechos fundamentales quien ha provocado su menoscabo con su propio comportamiento procesal. El acusado no tiene legalmente obligación de ponerse a disposición de la justicia, pero si se sustrae voluntariamente a ella no puede luego reclamar los perjuicios que pueden derivarse para él de esa actitud contumaz. Por eso al igual que sería absurdo que el rebelde se quejase de las dilaciones indebidas ocasionadas por su ignorado paradero, tampoco es admisible que denuncie la falta de contradicción en las diligencias sumariales. Las declaraciones de los coimputados se hubieran efectuado con contradicción si el ahora recurrente no hubiese estado rebelde....”Es justamente la situación que contempla la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1998, de 1 de junio, ante una queja igual a la que aquí se formula.

Sentencia número 1.620/2000, de 21 de diciembre, Tribunal Supremo Sala 2ª. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDJ 2000/67055)

Por último, la garantía de contradicción no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido (SSTC número 2/2002, de 14 de enero, y 142/2006, de 8 de mayo).

“(…) el demandante dispuso de una ocasión adecuada y suficiente para realizar el interrogatorio de los coacusados, aunque aquéllos se negaron a responder a las preguntas formuladas, pero ello no infringe, por sí mismo, el principio de contradicción (...), aún sin obtener respuesta (...) pueden introducirse, ante la intermediación judicial, las oportunas dudas sobre la veracidad del declarante y refutar su versión de los hechos, pudiendo asimismo el juzgador ponderar la decisión de guardar silencio (...), de tal modo que (...) siempre que la defensa, siquiera de un modo atenuado, pueda objetar el contenido de la declaración del coacusado realizando cuantas alegaciones estime convenientes queda salvaguardado el principio de contradicción...”

Sentencia número 142/2006, de 8 de mayo. Tribunal Constitucional.

3.- LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN EL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL (CCP)¹⁰

¹⁰Borrador de Código Procesal Penal:

Artículo 2: “El proceso penal se regirá por los principios de contradicción e igualdad de armas entre la acusación y la defensa”

Se van a destacar las ideas principales en relación a lo expuesto en los apartados anteriores, las dudas que han surgido tras su estudio, y en su caso alguna proposición de lege ferenda.

Primera.- El borrador de CCP (como así también ocurría con el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹¹, consagra la idea de que **la declaración del imputado/acusado es una manifestación o un medio idóneo de defensa más que un medio de prueba o acto de investigación**. Son manifestaciones de ello:

a.- Que el acusado declare únicamente a petición de su Letrado.

Artículo 10: El detenido o encausado tiene derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. Al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate.

Artículo 448: “1.- El encausado prestará declaración única y exclusivamente a instancia de su Letrado. La declaración del encausado podrá ser propuesta por su Letrado en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla.

2.- La declaración del encausado se llevará a cabo en el turno de prueba de la defensa y cuando haya finalizado la práctica de todos los medios de prueba restantes.

3.- Ni el Ministerio Fiscal ni el resto de las partes podrán solicitar en momento alguno del juicio oral la declaración del encausado como medio de prueba. Si se solicitare, el Tribunal rechazará de plano la petición.

4.- El Tribunal, antes de iniciarse el interrogatorio, informará al encausado de los derechos que le asisten, especialmente el de no contestar a cualquiera de las preguntas que se le formulen o a todas ellas.

5.- No se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado, ni a la negativa de éste a contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

6.- La declaración comenzará con las preguntas que formule el Letrado del encausado pudiendo interrogarle a continuación el Ministerio Fiscal y las demás partes. En lo demás, bajo la dirección del Magistrado o Presidente del Tribunal, serán de aplicación las reglas establecidas en el artículo 266”.

Artículo 449: “1. Cuando la declaración del encausado prestada en el juicio oral presente significativas contradicciones con lo declarado en la fase de investigación, la parte que estuviere practicando el interrogatorio podrá pedir del Tribunal que se proceda a la lectura o audición de lo manifestado por el encausado con anterioridad.

Para la lectura de la declaración anterior el Magistrado o Presidente del Tribunal solicitará al Fiscal que entregue al Secretario Judicial el acta obrante en la Carpeta del Ministerio Fiscal.

2.- Después de leída la declaración por el Secretario Judicial, se devolverá al Ministerio Fiscal el acta y el Magistrado o Presidente del Tribunal invitará al encausado a que explique la diferencia o contradicción que observe entre sus manifestaciones.

3.- La declaración del encausado en la fase de investigación no podrá ser valorada como prueba de cargo por el Tribunal. Sin embargo, las contradicciones advertidas en su declaración y que hayan sido puestas de manifiesto en el acto del plenario, podrán ser integradas en la apreciación probatoria en el momento de valorar la credibilidad del encausado.

¹¹ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Artículo 127.2: “Carecerán por sí de todo valor o efecto probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación.

Artículo 253: “1. Cuando en el curso de la declaración el investigado manifieste la voluntad de reconocer su participación en los hechos punibles, el Fiscal, tras recibirle declaración, le hará comparecer asistido de su abogado ante el Juez de Garantías, para que la reitere en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba.(...) 2. La confesión del investigado (...), no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia de delito y la participación de aquél”.

Artículo 567: “(...) 4. Nunca podrá comenzar la práctica de la prueba con la declaración del acusado, debiendo oírse previamente, en todo caso, a los testigos de la acusación. 5. El acusado sólo prestará declaración si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que ésta considere oportuno. La declaración del acusado podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla”.

b.- Que no deba ni tan siquiera constar solicitado en el escrito de defensa, pudiéndose solicitar en cualquier momento del juicio oral hasta la terminación de la fase probatoria.

c.- Que deba ser siempre admitida por el Tribunal.

d.- Que deba ser practicada concluida la prueba de la acusación y en el turno de la defensa, cuando ya haya finalizado la práctica de todos los medios de prueba restantes.

e.- Que, ni el Ministerio Fiscal ni el resto de partes personadas pueden solicitar la declaración del acusado como medio de prueba, debiendo ser ello rechazado de plano por el Tribunal.

f.- Que el interrogatorio se inicie por su Letrado, para a continuación ser interrogado por el Ministerio Fiscal y demás partes.

Una duda que puede plantearse, dada la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 448, es si la declaración del acusado deberá practicarse al final del turno de prueba de su propio Letrado, o puede practicarse una vez haya finalizado toda la prueba de todas las partes?

Cuando se afirma que se practicará en el turno de la defensa, debe entenderse como defensa propia?

Si puede proponerse hasta la terminación de la fase probatoria, podrá practicarse fuera del turno de la defensa propia?

Si ello es así, qué orden se seguirá cuando haya varios acusados, defendidos por varios Letrados distintos? Puede haber acuerdo entre ellos? Lo fijará siempre el Magistrado-Presidente? Si no ha de fijarlo el Magistrado, cómo se resolverá el orden?

Como proposición de lege ferenda: debería redactarse de manera más precisa el momento en que la declaración del acusado puede tener lugar.

Segunda.- En el artículo 10 parece regularse como criterio de valoración del silencio del acusado la llamada “doctrina Murray” ya estudiada, por cuanto establece que al silencio del acusado se le podrá atribuir el valor de constatación de la pérdida de oportunidad del acusado/imputado de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda de los hechos en debate.

Artículo 583.2: “No se podrá atribuir valor probatorio de ninguna clase a la falta de proposición por la defensa de la declaración del acusado”.

Artículo 584: “(...) 2. La declaración comenzará con las preguntas que formule el defensor del acusado, pudiendo interrogarle a continuación las demás partes. 3. El defensor dispondrá de un turno final de preguntas para establecer la credibilidad de su defendido o la veracidad de la declaración (...)”.

Artículo 591: “(...) 2. También se leerá o reproducirá la confesión obtenida ante el Juez de Garantías conforme a lo establecido en el artículo 253 de esta ley. Cuando el acusado preste declaración en el juicio oral, la confesión le será leída en ese momento”

Sin embargo, afirma dicho precepto que no se podrá atribuir consecuencias perjudiciales a su silencio; y por otro lado, el artículo 448.5 establece que no se le podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado, ni a la negativa de éste a contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

Realmente se adopta la “doctrina Murray”, establecida por el TEDH y seguida y aceptada por el TC y el TS? Según ésta, en el caso de que las pruebas de cargo requieran una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, se puede deducir en base al sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable.

Por otro lado, el propia constatación de que el acusado no ha aprovechado la oportunidad para dar una explicación razonable a las pruebas que contra él existen, ya supone o implica una valoración perjudicial contra él.

Como proposición de lege ferenda: sería conveniente redactar el principio general recogido en el artículo 10, y la norma específica prevista en el artículo 448.5 de una forma que se ajustará a la doctrina establecida y seguida por los Tribunales estudiados.

Tercero.- La regulación de las contradicciones (artículo 449) guarda mucha similitud con lo regulación actual del artículo 46.5 de la LOTJ, de la cual únicamente difiere en la necesidad de dar lectura u oír lo manifestado por el encausado con anterioridad, y en que el testimonio de la declaración no quedará unida al acta del juicio oral.

Por otro lado, parece quedar ya determinado que las declaraciones prestadas durante la investigación por el encausado no tendrán valor de prueba de cargo, y las contradicciones existentes con éstas sólo serán integradas en el acervo contradictorio a los efectos de valorar la credibilidad del encausado/acusado, instaurándose de ese modo lo argumentado hasta el momento por el sector minoritario de magistrados del Tribunal Supremo, y estableciéndose como criterio general para todos los procedimientos.

Cuarto.- *Qué ocurre con las declaraciones prestadas durante la investigación en las que el acusado reconoce los hechos y su participación en ellos, cuando decide guardar silencio total o parcial en el juicio oral?*

Si partimos de lo estudiado a lo largo de la ponencia, el silencio debe entenderse como contradicción, porque en cuanto al acusado se refiere ésta se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial, y por tanto, la declaración inculpativa accedería al Juicio Oral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 449, en todo aquello que supusiera una contradicción significativa, y a los efectos de valorar la credibilidad del acusado, contra el cual existen indicios inculpativos suficientes y que reafirman su inicial inculpativa, o sus iniciales manifestaciones inculpativas.

Si a la luz de la nueva regulación no es posible hacer esta interpretación, debiendo olvidar todas la jurisprudencia desarrolladas hasta la fecha, las declaraciones

en las que el encausado reconozca su participación en los hechos punibles, existiendo indicios incriminatorios que corroboran dicha participación, no podrán tener acceso al juicio oral, menoscabándose de ese modo el fin último del proceso penal que no es otro, que el de la búsqueda de la verdad material.

Como proposición de lege ferenda: Debería introducirse lo previsto en el Anteproyecto de L.E.Crim., en sus artículos 253 y 591, de tal modo que la declaración prestada en aquellas condiciones puedan ser llevada a juicio oral y leída ante el acusado, respetando de ese modo el principio de contradicción y defensa, en todo momento.