

EL DERECHO AL SILENCIO DEL IMPUTADO

José María Asencio Gallego

Juez

Resumen.

El derecho al silencio es un derecho fundamental del imputado que se le reconoce desde el momento de su primera declaración en sede policial, hasta su interrogatorio en el acto del juicio oral. Se traduce en que el imputado, durante la fase de instrucción o el acusado, en el plenario, tienen derecho a no contestar a alguna o a todas las preguntas que se les formulen, tanto por el Ministerio Fiscal, como por los abogados y el Juez, con la consiguiente imposibilidad de que su negativa a declarar pueda ser valorada de cualquier manera en la sentencia que en su día recaiga. La posición que se defiende, por tanto, parte de la base de que la consideración del silencio del imputado como un indicio de culpabilidad en algunos casos, como ha defendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y posteriormente el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español, supone una vulneración de este fundamental derecho en la medida en que pierde su sentido último, cual es el ejercicio por el imputado de su derecho a no colaborar y dejar que sea la acusación la que despliegue las pruebas de cargo. La decisión del imputado de permanecer en silencio no constituye, pues, una renuncia al ejercicio del derecho de defensa, sino justamente lo contrario, una manifestación de su derecho a la autodefensa que, como tal, debe ser protegida contra todas las interpretaciones que puedan suponer la restricción de su ámbito de protección.

Palabras clave: imputado, investigado, acusado, encausado, derecho al silencio, derecho a mentir, valoración del silencio.

THE RIGHT TO REMAIN SILENT OF THE DEFENDANT

Abstract.

The right to remain silent is a fundamental right of the defendant. It is recognized from the moment of its first statement at the police headquarters until its statement in the trial. This right implies that the defendant, during the preliminary investigation, or the accused, in the plenary, has the right to not answer to any question formulated by the Judge, the Public Prosecutor or the lawyers. This right also implies the impossibility that the silence could be valued as an evidence against the accused. The position adopted in this paper is that the silence of the defendant can not be taken into consideration as an evidence to determine his guilt. This solution would mean a

violation of the rights of the defence. Therefore, we do not agree with the point of view of the European Court of Human Rights and the Spanish Supreme and Constitutional Courts.

Keywords: defendant, accused, right to remain silent, right of lying, assessment of silence by the Court.

Sumario:

I. Consideraciones generales sobre el derecho al silencio. Su plasmación legal. **II.** Naturaleza jurídica del *ius tacendi*. El derecho de defensa y sus garantías. **III.** La valoración del silencio en sentencia. 1) Silencio total o parcial. 2) Silencio en todas las fases del procedimiento o sólo en alguna.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL SILENCIO. SU PLASMACIÓN LEGAL.

El imputado es la parte pasiva del proceso penal. Así lo define MORENO CATENA, a la vez que añade que es aquél “que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena pueda ser de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia”¹.

Se caracteriza, pues, por su carácter subjetivo, es decir, el imputado no es, ni puede ser considerado o tratado como objeto del proceso, sino como sujeto o parte procesal², manteniendo, por la protección constitucional de la que goza, una posición de supremacía respecto de las partes acusadoras. Por esta razón, el art. 24 de la Constitución Española consagra un amplio catálogo de derechos fundamentales del imputado, mientras que en ningún precepto está previsto un derecho fundamental a la reparación del daño por el ofendido por la comisión del acto ilícito³. Que determinadas normas prevean la satisfacción de aquel, incluso a cargo del Estado en ciertos delitos, no significa que exista un derecho como tal y menos que sea equiparable al de defensa en toda su extensión.

¹ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2004. Pág. 107.

² Sobre la distinción entre sujetos y partes del proceso penal Vide LEONE, G. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. 1963. Págs. 241 y ss. (Traducción efectuada por Santiago Sentís Melendo). PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1982. Págs. 109 y 110.

³ ASENSIO MELLADO, JM. *El imputado en el proceso penal español*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1993. Pág. 64.

De entre todos estos derechos de relevancia constitucional, en su mayoría reiterados y desarrollados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), nos interesa profundizar en el estudio de uno de ellos. Un derecho que asiste al imputado, en la fase de instrucción, desde el momento de su primera declaración en las dependencias policiales y por supuesto judiciales y que vuelve a adquirir una gran relevancia en el transcurso de su interrogatorio, ya como acusado, durante la celebración del juicio oral. Se trata del conocido como “derecho al silencio”, “derecho a callar” o “*ius tacendi*”, según su aforismo latino.

Su reconocimiento no es ni mucho menos exclusivo del ordenamiento jurídico español, sino que la importancia que posee en el ámbito del proceso penal ha hecho que se erija como un derecho esencial del imputado en multitud de Códigos Procesales Penales de diversos países (art. 116 del Código Procesal Penal francés, §136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, art. 93 del Código Procesal Penal chileno, art. 87.2 del Código Procesal Penal peruano, arts. 132 y 133 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, art. 343 del Código Procesal Penal costarricense, entre otros) e igualmente en el plano internacional. Y esto es así a pesar de que no se encuentre expresamente establecido ni en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo son normas internacionales que subyacen a la noción del proceso equitativo”⁴.

La Constitución Española, por su parte, tampoco lo reconoce expresamente, sino que su art. 24 se limita a consignar el derecho de toda persona sometida a un proceso penal a no declarar contra sí misma ni a confesarse culpable, derechos que si bien guardan semejanzas con el derecho a guardar silencio, no tienen el mismo contenido. Aunque esta omisión tiene poca importancia por las mismas razones que ha alegado el Tribunal de Estrasburgo, plenamente aceptadas por el Tribunal Constitucional español y porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí contiene un reconocimiento expreso de este importante derecho. Y este reconocimiento no es otra cosa que traslación concreta de lo que se considera un elemento más del derecho a no declarar contra uno mismo, gozando, pues, de relevancia constitucional. Es decir, no se trata de un derecho sin rango constitucional o meramente legal, sino que posee ese valor al considerarse ínsito en los textos constitucionales aunque los mismos no lo refieran expresamente.

En efecto, la LECrim. reconoce en su art. 520.2.a) el derecho de toda persona detenida o presa “a guardar silencio no declarando si no quiere y a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen”. Garantía ésta que se reforzó tras la reforma

⁴ SSTEDH de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders) y de 21 de diciembre de 2000 (Caso McGuinness c. Irlanda).

operada en esta norma por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril⁵, de trasposición de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Y posteriormente por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica⁶.

Esta última reforma también ha modificado las tradicionales y plenamente asentadas denominaciones de “imputado” y “acusado”, sustituyéndolas por las de “investigado” y “encausado”. Según el apartado V de su Preámbulo, la razón de este cambio se encuentra en la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de la expresión “imputado”.

Este argumento, sin embargo, no lo consideramos suficiente para motivar un cambio de estas características. Si bien es cierto que el uso de la denominación de “imputado” ha experimentado un considerable aumento en los medios de comunicación en los últimos años y éstos han realizado en ocasiones un juicio paralelo que, de cara a la sociedad, convertía al meramente imputado en culpable del hecho por el cual se le investigaba, la imputación y por traslación el concepto de “imputado”, están ligados al nacimiento del derecho de defensa, siendo aquélla una garantía del sometido al proceso penal. Y si esto ha ocurrido con el vocablo “imputado”, lo mismo ocurrirá con el de “investigado” con el paso del tiempo, momento en el que al legislador se le planteará la cuestión de si procede a una nueva modificación de término.

No obstante lo dicho, para evitar confusiones terminológicas entre ordenamientos procesales penales y debido a que la mencionada reforma es muy reciente, seguiremos empleando en estas páginas el clásico término de “imputado”.

Volviendo al objeto de nuestro estudio, actualmente, no sólo el art. 520.2.a) LECrim. consagra el fundamental derecho al silencio del imputado, sino que también lo ha hecho su art. 118.1.g), el cual otorga a toda persona a quien se impute un acto punible el derecho “a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo”.

Ahora bien, en términos cronológicos, la plasmación legal del derecho al silencio tiene todavía una corta historia en España, pues no fue hasta la promulgación de la Constitución de 1978 cuando se instauró como indudable derecho del imputado.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción originaria, incluyó en su art. 387 la exhortación de decir verdad y el deber del imputado de contestar conforme a la verdad. Esta disposición, decía AGUILERA DE PAZ, constituye un precepto de derecho natural, pues toda persona está obligada a decir la verdad, aunque no en su

⁵ Boletín Oficial del Estado de 28 de abril de 2015.

⁶ Boletín Oficial del Estado de 6 de octubre de 2015.

propio perjuicio, siendo además esta afirmación un eterno principio, no sólo de justicia, sino también de orden moral⁷.

Tiempo más tarde otros autores, entre ellos SERRA DOMÍNGUEZ, trataron de reinterpretar el citado precepto, alegando que el deber de declarar conforme a la verdad no podía tener sanción jurídica alguna, sino sólo moral⁸, suavizando de este modo las consecuencias de una ausencia voluntaria de declaración por parte de los imputados.

Este anacrónico precepto ha sido, afortunadamente, derogado por medio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Si bien el mismo había sido interpretado bajo la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales, su mera permanencia carecía de sentido, pues no respondía a los principios que deben inspirar un texto legal enmarcado en un proceso en el que priman valores radicalmente diferentes. Una norma, pues, que carecía de aplicación y que no tenía vigencia plena, no obstante lo cual podía aparecer como punto de partida de interpretaciones no acomodadas a los principios que rigen la posición y el estatuto del imputado.

Desaparecida esta norma, no cabe oponer argumento alguno acerca de la vigencia del derecho al silencio del investigado en el ámbito del proceso penal, lo que no se discutía tras la entrada en vigor del texto constitucional⁹ y que ahora, efectivamente, se consagra, con cierto e injustificado retraso, en los arts. 118.1.f) y 520.2 LECrim.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL *IUS TACENDI*. EL DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS.

Dentro del amplio contenido del derecho de defensa, podemos distinguir entre la defensa técnica o formal, por un lado y la autodefensa o defensa material, por otro¹⁰.

La primera de ellas es la que corresponde al abogado, pues la asistencia de letrado al imputado es un derecho de relevancia constitucional (arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución Española), cuyo fundamento radica en el carácter técnico del proceso y en la necesidad de que el sujeto pasivo del mismo, generalmente una persona que desconoce los pormenores y técnicas del procedimiento penal, pueda intervenir en éste con la garantía de los principios de igualdad de armas procesales y contradicción¹¹. Una opción legal que sólo sufre excepciones en los procesos por delitos leves.

⁷ AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III (Artículos 259 a 455)*. Madrid. 1924. Pág. 556.

⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. 1969. Pág. 743.

⁹ Algún autor discrepó en su día de esta conclusión. Vide. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*. Barcelona. 1979. Págs. 115 a 119.

¹⁰ VERGER GRAU, J. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona. 1994. Pág. 63.

¹¹ LÓPEZ YAGÜES, V. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*. Alicante. 2002. Pág. 68.

La defensa material, por su parte, se refiere al propio imputado y consiste en un conjunto de derechos que la Ley le concede para que por él mismo pueda hacer frente a los cargos que se le dirigen¹². ASENSIO MELLADO la reconduce al derecho a ser informado de la acusación, al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y al derecho al silencio¹³. A los que habría que añadir, por su importancia, el derecho a la última palabra, recogido en el art. 739 LECrim. Tal es ésta que incluso el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en Sentencia de 5 de abril de 2000, acordó la anulación y repetición de un juicio por la denegación al acusado de este derecho a la última palabra.

Por consiguiente, el derecho al silencio es una manifestación del derecho de defensa o, mejor dicho, de la autodefensa del imputado. No implica, en contra de lo que pudiera pensarse, la renuncia a ejercitar la defensa. Es decir, el imputado podrá optar por permanecer en silencio, no contestando a alguna o a todas las preguntas que se le formulen, pero al mismo tiempo podrá proponer la práctica de pruebas de descargo tendentes a hacer desaparecer la sospecha de la comisión del hecho punible que pesa sobre él. Y viceversa, aquél podrá manifestar su libre voluntad de declarar, renunciando al ejercicio del derecho a la prueba. El derecho al silencio, como manifestación específica del derecho de defensa, no excluye otras actuaciones, ni es incompatible con ellas, ni el ejercicio de otras conductas puede ser valorado en orden a menguar el valor del silencio.

El derecho a guardar silencio es, además, un derecho de carácter sucesivo. El imputado podrá acogerse a él cada vez que sea llamado a declarar; en primer lugar, si fuera el caso, en sede policial y después ante el Juez de Instrucción durante la fase sumarial y ante el Juez o Tribunal sentenciador en el plenario.

Ahora bien, para garantizar que el imputado manifiesta su voluntad libre de someterse o no al interrogatorio, es necesario que previamente a realizar esta elección se le informe, tanto por los funcionarios policiales, como por el Juez instructor y el sentenciador, de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica de los mismos y de los derechos que la Ley le otorga¹⁴. En concreto, el deber de información al imputado ha de abarcar el conjunto de elementos fácticos integrantes del hecho que se le

¹² Este es el concepto de autodefensa que predomina actualmente, aunque otros autores consideran, con base en la doctrina alemana, que la defensa material es una función pública en la cual participan todas las autoridades y funcionarios que intervienen en el proceso penal, los cuales están sujetos a un deber de imparcialidad y no representan un interés contrario al del reo. En este sentido Vide. GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1984. Pág. 83. ARAGONESES ALONSO, P. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1986. Pág. 148.

¹³ ASENSIO MELLADO, JM. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2012. Págs. 78 a 82.

¹⁴ PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2000. Pág. 261. RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento...* Cit. Pág. 138. ORÉ GUARDIA, A. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima. 2011. Pág. 176. SÁNCHEZ VELARDE, P. *El nuevo Proceso Penal*. Lima. 2009. Pág. 133. SSTC 225/1997, de 15 de diciembre y 230/1997, de 16 de diciembre, entre otras.

atribuye¹⁵, precisando su grado de participación concreta en él, los indicios que concurren contra su persona, los elementos de la investigación de los que resultan tales indicios y el tipo o tipos penales en que pudieran subsumirse. No basta con una mera información genérica o abstracta de hechos sin relevancia penal suficiente por no constituir la totalidad de los que integran el tipo penal, ya que no serían constitutivos de delito, ni con una mera referencia a un delito si no se informa de los hechos que integran el mencionado tipo penal. Como exige el art. 118 LECrim., la información ha de ser de tal entidad que garantice una defensa eficaz y ésta sólo es posible si lo es de delitos presumidos, con todos sus elementos y previa a toda actuación, sin que baste una información al final de la instrucción. El art. 118 LECrim, tras sus últimas reformas, no soporta otra interpretación.

No informar desde un comienzo significa o puede significar que la investigación se base en meras sospechas, que sea prospectiva de conductas que no aparecen como constitutivas de delito. Además, no informar desde el principio impide un ejercicio de la defensa eficaz, pues el imputado no podrá valorar los actos que ha de realizar tendentes a excluir el juicio oral y la acusación. De igual modo, si durante la instrucción, se amplían los hechos, el imputado deberá inmediatamente ser informado de tales cambios, si son sustanciales. Debe entenderse que la vulneración de estas obligaciones puede dar lugar a la nulidad de la instrucción. Y así, los arts. 118 y 775 LECrim, obligan a informar de todo cambio que se produzca, constante la instrucción, en su objeto y en los hechos que impliquen o puedan implicar cambios sustanciales en la imputación. Normas éstas que se oponen frontalmente a las frecuentes informaciones insuficientes iniciales que no se integran o completan aunque la investigación se vea objetivamente ampliada y la imputación alcance una extensión mayor. Una práctica inquisitiva, que dificulta el derecho de defensa y que la ley quiere prohibir.

Esta información deberá serle proporcionada de una manera clara, precisa y en una lengua que comprenda, no bastando el mero cumplimiento de las formalidades previstas en la Ley¹⁶. En otras palabras, las garantías que se derivan del derecho de defensa no se entienden cumplidas con la simple lectura por el Juez de los derechos enumerados en los arts. 118.1.f) y 520.2 LECrim. y la firma del imputado plasmada en la hoja de derechos, sino que es preciso que éste sea informado cumplidamente del alcance y contenido de los mismos¹⁷. Sólo así podrá el sujeto pasivo del proceso penal manifestar libre y conscientemente su voluntad de responder a las preguntas que se le formulen. El derecho a la información es, pues, el primer elemento para poder ejercitar el derecho de defensa¹⁸, integrando además el principio acusatorio como garantía del mismo.

¹⁵ NEYRA FLORES, JA. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.I. Lima. 2015. Pág. 255.

¹⁶ GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2008. Pág. 131. STEDH de 25 de marzo de 1999 (Caso Pélissier y Sassi c. Francia).

¹⁷ MORA MORA, LP. *Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998*, en "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal". Obra colectiva. San José de Costa Rica. 1997. Pág. 44.

¹⁸ SSTC 9/1982, de 10 de marzo; 44/1983, de 24 de mayo y 141/1986, de 12 de noviembre.

De esta manera, desde el momento de su primera declaración, podrá el imputado optar por no responder a las preguntas que se le dirijan. Todo ello en el marco de la estrategia defensiva que, por sí solo o con el consejo de su letrado, haya decidido trazar.

Esta opción del imputado es perfectamente legítima, no pudiendo el Juez de Instrucción, ni los intervinientes en el acto, emplear ningún mecanismo tendente a que aquél declare. Se trata de una elección libre, pues libre debe ser su voluntad de decidir si colabora o no en la investigación de los hechos delictivos que indiciariamente se le atribuyen.

El art. 15 de la Constitución Española prohíbe expresamente la tortura y el sometimiento de la persona del imputado a tratos inhumanos o degradantes. Merece la pena destacar, en este orden de ideas, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2015 (Caso Bouyid c. Bélgica). En ésta, el Tribunal del Estrasburgo hace referencia a la lesividad que para la dignidad de una persona detenida supone recibir una bofetada, aunque sea aislada y desconectada de finalidades informativas o investigativas, por parte de un policía. Como también insiste el Tribunal en que la representación por parte de un detenido de que la actuación de los agentes públicos es arbitraria y carece de límites ahonda en el componente vertical y de intensa sujeción de la situación de detención, afectando a los deseables niveles de autodefensa y de autonomía personal.

Pero junto a estos medios físicos que eliminan la libre voluntad del imputado, también hay que rechazar otros de naturaleza química o técnica, como es el caso del suministro de sustancias farmacéuticas, el examen psicoanalítico, la hipnosis, el detector de mentiras o el suero de la verdad, siendo indiferente que el sujeto pasivo del proceso penal preste su consentimiento a ser sometido a ellos. En palabras de SAN MARTÍN, las razones de la prohibición de estos métodos radican en la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros derivados de su empleo y sobre todo “por conculcar el principio de legalidad, al suponer una forma indirecta y torticera de obtener declaraciones y resultar un desprecio a la persona ante el aniquilamiento de sus recursos físicos y psíquicos, convirtiéndola en un mero apéndice de un aparato o producto químico”¹⁹.

Por último, tampoco es posible admitir el empleo de mecanismos de naturaleza psíquica tendentes a distorsionar la memoria o la comprensión del imputado. Entre ellos cabe citar la coacción, el engaño²⁰ o el empleo de preguntas capciosas o sugestivas²¹. Sobre éstas últimas, dice el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en Sentencia de 20 de septiembre de 2005, que la pregunta es capciosa cuando en la forma en la que está

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal. Volumen II*. Lima. 2003. Pág. 833.

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. cita como ejemplo de engaño aquellos supuestos en que para obtener la declaración del investigado se introduce en la celda a alguien con la única finalidad de obtener su confianza. Vide. *El derecho a guardar silencio...* Cit. Pág. 598.

²¹ TALAVERA ELGUERA, P. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. 2004. Pág. 78.

planteada resulte engañosa, tienda a confundir al testigo y a provocarle una respuesta aparente o falsamente contradictoria.

Aunque mención especial merece el uso de instrumentos per se perfectamente lícitos pero que, a través de una desviación de sus fines legítimos, se convierten en medios de coacción del imputado; nos estamos refiriendo, principalmente, al uso de la prisión provisional como medio de coacción psicológica²².

Si debido al empleo de cualquiera de estos mecanismos llegare a obtenerse la declaración del imputado, nos encontraríamos ante una clara violación de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la Constitución. Ello daría lugar a la aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la consiguiente calificación del interrogatorio como prueba prohibida con su exclusión para fundamentar una sentencia condenatoria²³.

III. LA VALORACIÓN DEL SILENCIO EN SENTENCIA.

Una vez sentada la premisa de que el derecho a guardar silencio es un derecho fundamental que asiste al imputado o acusado (dependiendo del estadio en que se encuentre el proceso penal) y que, por consiguiente, su vulneración daría lugar a calificar el interrogatorio como prueba prohibida, creemos necesario adentrarnos en un tema sobre el que existe diversidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales y que entronca precisamente con el ámbito y contenido del mencionado *ius tacendi*. Se trata de la valoración del silencio. Es decir, de ofrecer una respuesta a la pregunta de si el Juez o Tribunal sentenciador pueden valorar en algún sentido el silencio del imputado o acusado. A lo que, adelantando la posición que vamos a mantener, nos pronunciamos en sentido negativo.

Puesto que, como antes hemos visto, el derecho al silencio es un derecho de carácter sucesivo, el imputado podrá optar por no manifestar nada durante todo el proceso penal, sólo durante la fase de instrucción, declarando en el juicio oral o viceversa, declarar ante el Juez instructor y permanecer callado en el plenario. Pero además, en cada uno de estos actos, su silencio podrá ser total, negándose a responder a cualesquiera preguntas que se le formulen o simplemente afirmando de manera constante su inocencia, o

²² ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. 2000. Pág. 217 (Traducción efectuada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier). Pág. 217.

ILLUMINATI, G. dice a este respecto que “è più che evidente la violazione della presunzione d’innocenza: tanto nel suo aspetto di regola di trattamento, per l’uso di provvedimenti restrittivi della libertà personale al di fuori delle finalità cautelari che legittimano, quanto nel suo aspetto di regola probatoria, per il tentativo di costringere l’imputato a fornire la prova contro se stesso” Vide. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna. 1979. Pág. 194.

²³ ASENCIO MELLADO, JM. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima. 2008. Pág. 206. MAIER, JULIO BJ. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires. 1996. Pág. 678. ARMIJO SANCHO, G. *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. San José de Costa Rica. 1998. Págs. 311, 327 y 328.

parcial, cuando decida contestar a algunas de las preguntas y rehúse hacerlo respecto de otras.

Trataremos de analizar brevemente cada una de estas situaciones, pues entendemos que cada una de ellas ha de tener una solución diferente.

1) Silencio total o parcial.

Ya hemos dicho que la elección del imputado de no responder a las preguntas que se le dirijan por el Juez o por los demás intervinientes en el interrogatorio forma parte de su estrategia defensiva, siendo por tanto una manifestación de su más amplio derecho de autodefensa.

De este modo y puesto que el sujeto pasivo del proceso penal al permanecer en silencio está ejercitando un derecho fundamental, no parece que tal comportamiento pueda ser tenido en cuenta por el Juez o Tribunal en la sentencia que en su día recaiga, ya que de ser así y considerar el silencio como admisión tácita de los hechos punibles o como forma de asunción de responsabilidad en ellos, se estaría vulnerando el derecho de defensa.

En este sentido, NIEVA FENOLL considera que valorar el silencio del imputado como un elemento en el que poder basar su culpabilidad supondría convertirle en un simple objeto del proceso penal²⁴, lo cual resulta contrario al sistema acusatorio en el que se enmarca el actual ordenamiento procesal penal español y lo asemejaría a los tiempos en que imperaban los postulados del modelo inquisitivo. Además, ASENCIO MELLADO sostiene que “si el derecho fundamental concede la posibilidad de callarse sólo podrá ser ejercitado haciendo uso del silencio, con lo que extraer cualquier dato de culpabilidad sería tanto como anular la eficacia de un derecho que sólo así puede ser ejercitado”²⁵.

A favor de esta postura puede argumentarse que, cuando el imputado en la instrucción o el acusado en el plenario deciden guardar silencio, no es posible, a nuestro juicio, consignar en el acta de la declaración o del interrogatorio las preguntas que se les habrían hecho si hubieran querido responder²⁶. En ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hace referencia a esta posibilidad, por lo que hemos de considerar que no es admisible. Esta práctica carece de utilidad alguna y es expresión de una cierta tendencia a no aceptar el silencio como derecho privado, pues, de efectos negativos. Carece de sentido que haya de hacer constar las preguntas; no tiene una explicación suficiente dicha constancia, pues si el silencio nada implica, menos tampoco

²⁴ NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid. 2010. Págs. 253 y 255.

²⁵ ASENCIO MELLADO, JM. *Derecho Procesal...* Cit. Pág. 80.

²⁶ HUERTAS MARTÍN, MI. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona. 1999. Pág. 368.

las preguntas dejadas de responder. Sólo una tendencia inquisitiva, una resistencia a abandonar anacrónicas formas de proceder que incorporaban siempre la colaboración del imputado, incluso de manera forzada.

No obstante lo dicho, no es ésta la postura que impera en la jurisprudencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 8 de febrero de 1996 (Caso John Murray c. Reino Unido) y posteriormente en Sentencia de 2 de mayo de 2000 (Caso Condron c. Reino Unido) asentó la doctrina de que si bien el Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste elija guardar silencio, cuando las pruebas de cargo requieran una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, la falta de esta explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. Por el contrario, si el acusador no ha establecido cargos suficientemente serios para requerir una respuesta, la falta de explicación no puede justificar que se concluya la culpabilidad. El valor del silencio, por tanto, siempre se debe relacionar con la intensidad de las pruebas de cargo, cuya fuerza se ve incrementada con la falta de colaboración del imputado. No es el silencio el que es valorado per se, sino en relación con las pruebas de cargo que adquieren un valor superior, un plus adicional.

Esta doctrina fue adoptada por el Tribunal Supremo (SSTS Sala Segunda 2064/2001, de 6 de noviembre; 763/2003, de 30 de mayo; 861/2007, de 24 de octubre y 956/2003, de 26 de junio, entre otras) y por el Tribunal Constitucional (SSTC 137/1998, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio²⁷, entre otras).

En concreto, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en Sentencia de 26 de junio de 2003, concluyó que “es cierto que el silencio del acusado o la falta de veracidad de su versión exculpatoria no son por sí solos suficiente prueba de cargo, de modo que no puede considerarse enervada la presunción de inocencia si no se dispone de otros elementos probatorios. Pero también ha de tenerse en cuenta que la aportación por parte de la acusación de pruebas suficientemente serias sobre los hechos pueden requerir del acusado una explicación que debería estar en condiciones de suministrar al Tribunal, de manera que la ausencia de tal explicación, o una versión de los hechos claramente inverosímil, pueden ser valoradas como un indicio más de carácter complementario para afirmar su culpabilidad”.

²⁷ FJ 5. “La condena penal impuesta a la acusada no se ha sustentado en la sola valoración contra reo de su negativa a prestar declaración, sino que han existido otras pruebas indiciarias acreditativas de la existencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado a los hechos acreditados. En circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, 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”.

Así las cosas, la jurisprudencia, en los supuestos mencionados, mantiene el conocido como “test de la explicación”, que permite considerar indicio la no declaración cuando las circunstancias demandan del imputado o acusado una explicación²⁸, tesis ésta que, con base en los argumentos antes expuestos, no consideramos admisible a la luz de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE y la prohibición de su interpretación en perjuicio del sujeto pasivo del proceso penal. El derecho al silencio, al ser una de las manifestaciones más importantes del derecho a la autodefensa, no puede ser interpretado restrictivamente²⁹, pues de hacerlo así ésta se vería gravemente menoscabada. Se trata ésta de una limitación a un derecho constitucional impuesta por la jurisprudencia sin soporte legal restrictivo que la sostenga, hecho éste que se opone al principio de legalidad que el art. 53.2 CE prescribe al afirmar que sólo por ley se pueden limitar los derechos fundamentales, nunca por los tribunales si base legal expresa. Como ha manifestado el Tribunal de Estrasburgo, la jurisprudencia que legitima limitaciones a los derechos fundamentales no expresamente previstos en la Ley infringe lo dispuesto en el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que en modo alguno puede tener la consideración de “ley” en el sentido ofrecido por el mencionado Tribunal a este instrumento (STEDH de 24 de abril de 1990, caso Huvig y Kreslin).

Esta tesis adolece además de graves problemas interpretativos, entre los cuales cabe destacar la imprecisión de la situación fáctica a la que hace referencia el Tribunal Supremo con la expresión “circunstancias que demandan del imputado una explicación” o, como dice el Tribunal de Estrasburgo, “cuando las pruebas de cargo requieran una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar”. Y ello porque si existen pruebas de cargo suficientes como para motivar una sentencia condenatoria, no se alcanza a comprender qué valor puede otorgarse al silencio, si no es, en palabras de NIEVA FENOLL, “porque lo que ocurre en realidad es que esas pruebas son insuficientes y el juez lo que busca es encontrar un elemento corroborador de ese silencio”³⁰.

La decisión de guardar silencio puede estar motivada por diversas razones y sólo en algunos casos por la imposibilidad de ofrecer alguna excusa³¹. Por ejemplo, por la

²⁸ ASENCIO GALLEGO, JM. *Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal*. Revista General de Derecho Procesal. Nº 36. Mayo 2015. Pág. 31.

²⁹ Dice PASTOR, D. R. que entre los principios interpretativos propios del Derecho Internacional que se han introducido en los ordenamientos procesales penales destaca el principio *pro homine*, según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos. Vide. *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires. 2004. Pág. 102.

³⁰ NIEVA FENOLL, J. *La valoración...* Cit. Pág. 254.

³¹ ALTAVILLA, E. cita los ejemplos del adúltero, del hermano de una congregación religiosa y del enfermo mental. Así, dice “*Le storie giudiziarie citano esempi di adulteri i quali, sorpresi nella casa dell’amante, si sono fatti condannare come ladri per non svelare la vergogna della donna amata: è un fenomeno psicologico che si comprende facilmente. L’individuo è scambiato per un ladro: ora egli non può difendersi, senza accusare l’amante.*”

voluntad de encubrir a una persona cercana o simplemente no querer revelar la propia identidad. Imaginemos el supuesto de una persona que tiene una causa pendiente por un delito grave en la que no se le ha podido hallar; en cierto momento se le toma declaración por un delito mucho menos grave, que sabe que no ha cometido, por un Juez de Instrucción distinto del de aquella causa. Es perfectamente posible comprender que no quiera manifestar nada y prefiera asumir la culpabilidad por un delito en el que no ha participado, a revelar su identidad y ser enjuiciado por uno mucho más grave.

Habría sido deseable que el legislador español hubiera introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un precepto que prohibiera la consideración del silencio del imputado o acusado como indicio. Con ello se habrían reforzado en gran medida las garantías del sujeto pasivo del proceso, que es precisamente el título y finalidad de la última reforma operada en la Ley Rituaria por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

La consagración de una disposición de estas características no es disparatada. Varios Códigos Procesales Penales ya lo prevén. Entre ellos, el art. 298 del Código argentino dispone que el Juez ha de informar al imputado de que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad. El art. 330 del Código venezolano, que el Juez advertirá al acusado que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique³². El art. 81 del Código guatemalteco, que la decisión del imputado de guardar silencio no puede ser utilizada en su perjuicio. El art. 92 del Código costarricense, que “antes de comenzar la declaración se advertirá al imputado que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte”. Y en el caso del Perú, el art. 8.2. g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocer el derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, derogó el art. 127 del antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, que sancionaba el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad³³, y ahora el art. 87.2 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 establece que antes de comenzar la declaración del imputado “se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio”.

Ejemplo de la aplicación de estas disposiciones es la Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 813-F-96 de las 11:05 horas del 23 de diciembre de 1996. Según ésta: “La garantía de abstención tutelada en nuestra

Analoga spiegazione ha il silenzio di un figliuolo, d'un fratello che è accusato del delitto compiuto dal suo stretto congiunto: e quello di un appartenente ad un società criminale o ad una setta religiosa o politica accusati del reato compiuto per le finalità della congregazione di altro consociato.

Il silenzio può infine essere espressione di una malattia mentale: negli stati melanconici, per esempio, l'infermo si rifiuta alle volte di rispondere alle più innocente domande” Vide. Psicologia giudiziaria. Torino. 1929. Pág. 289.

³² Sobre la valoración del silencio en el ordenamiento procesal penal venezolano Vide. RIVERA MORALES, R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Barquisimeto. 2012. Págs. 814 y 815.

³³ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal...* Cit. Pág. 833.

Constitución Política y en la legislación procesal de la materia en favor del encartado y de sus parientes autorizados para abstenerse de declarar, no puede ser utilizada en su perjuicio, pues ello resulta violatorio no sólo del principio de defensa en general, sino también y en particular, de la libertad de declarar o no establecida por la Constitución Política en sus artículos 36 y 39 y el Código de Procedimientos Penales en sus similares 274 y 275”. Aunque también la Sala Constitucional de Costa Rica presta especial atención a esta materia en Sentencia 3443-1996 de las 15:09 horas del 9 de julio de 1996.

Lo mismo ocurre en el ámbito de la Corte Penal Internacional. El art. 55.2.b) de su Estatuto establece que cuando se sospeche que una persona haya podido cometer uno de los crímenes competencia de la Corte, al ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacional, tendrá derecho “a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”. Y su art. 67.1.g) reconoce este mismo derecho al acusado.

Por todo lo expuesto, rechazamos que el silencio del imputado o acusado pueda ser tenido en cuenta y valorado como indicio de culpabilidad por el Juez o Tribunal sentenciador. Una decisión de estas características habría de ser calificada como prueba prohibida a la luz del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y ello porque valorar el silencio del sujeto pasivo en perjuicio suyo implicaría restringir tanto el ámbito de protección y contenido del derecho fundamental a la autodefensa, que llegaría a perder su finalidad.

Pero además de lo dicho hasta ahora, tampoco puede el silencio ser tenido en cuenta en la determinación de la pena³⁴. Idéntico razonamiento al ya expuesto ha de aplicarse aquí. Al ser un derecho fundamental del imputado no es posible su interpretación restrictiva, ni en relación con los efectos de carácter procesal ni sustantivo.

A nuestro juicio, es injustificado el incremento de la pena por el solo hecho de que el imputado o acusado se hayan negado a declarar, ya que la parte de la pena que excede de la que se habría impuesto si el imputado hubiera confesado sería una pena específica, incompatible con la inexistencia de un deber de confesar³⁵ y, por consiguiente, atentatoria del derecho fundamental a guardar silencio.

Más dudosa es, sin embargo, la admisión de la teoría consistente en mantener que si bien el silencio no puede ser causa directa de la graduación de la pena, sí puede influir indirectamente por la vía de valorar la personalidad del reo³⁶.

³⁴ ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza...* Cit. Pág. 194.

³⁵ FOSCHINI, G. *L'imputato*. Milano. 1956. Pág. 104.

³⁶ Dice FOSCHINI, G. que “*La negativa, come tale, non può essere causa diretta di inasprimento della pena, ma si può essere causa indiretta di graduazione della pena, in quanto cioè essa sia presa in considerazione non in sè stessa ma come prova della personalità del reo e quindi concorra a dimostrare la maggiore o minore entità della responsabilità dell'imputato per il reato commesso*”. Ob. Cit. Pág. 105.

FOSCHINI distingue tres supuestos³⁷: a) cuando la negativa a declarar obedece sólo a motivos procesales tiene un valor probatorio absolutamente neutro a los efectos de determinar la mayor o menor capacidad de delinquir del imputado; b) cuando ante la concurrencia de otros elementos de prueba que excluyan cualquier razón de la negativa del imputado a declarar, éste persista en su obstinación a no declarar, habiendo sido informado de la inutilidad y lo ilógico de su comportamiento, su silencio puede ser considerado un dato de mayor capacidad del sujeto para delinquir; y c) cuando la negativa a declarar se deba a una vergüenza del imputado a reconocerse autor del delito, al carácter reservado del imputado o a la incomprensión de lo que está ocurriendo, su silencio puede ser considerado como un dato de su menor capacidad para delinquir.

Como podemos observar, este punto de vista entra de lleno en un terreno no ya jurídico, sino más bien psicológico, pues parece pretender que el Juez analice en profundidad la razón por la cual el imputado ha decidido guardar silencio y, tras ello, que llegue a una conclusión sobre si éste tiene una personalidad más o menos tendente a cumplir las leyes o a delinquir.

Pues bien, entendemos que, no obstante las dudas que sobre la admisibilidad de esta teoría se pudieran plantear en la doctrina y la jurisprudencia, debe rechazarse fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, el Juez es un especialista en Derecho, que interpreta y aplica las normas jurídicas, pero que en la inmensa mayoría de los casos no posee conocimientos sobre psicología que le permitan valorar en profundidad la personalidad del reo, conocimientos que además no se le exigen para el desempeño de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y en segundo lugar y más importante, el derecho a guardar silencio posee una entidad tal que no puede ser tenido en cuenta ni en un sentido ni en otro por el Juez o Tribunal sentenciador, por lo que no es posible que la interpretación de patrones de conducta o de la personalidad del acusado primen sobre la vigencia o extensión de un derecho fundamental.

En conclusión, no cabe que en sentencia condenatoria el juez o tribunal imponga una pena mayor por el hecho de que el imputado o acusado hayan decidido no colaborar con la justicia y no sólo por la vía directa, sino tampoco indirectamente.

Hasta aquí nos hemos referido al silencio total del imputado, pero junto a éste es necesario hacer mención al conocido como silencio parcial. Es decir, a la postura del imputado consistente en negarse a responder a algunas de las preguntas que se le dirijan, pero contestando a otras, o cuando sus respuestas contienen lagunas o evasivas.

Ante esta situación la doctrina plantea dos soluciones. Por un lado, considerar que pueden ser objeto de valoración en sentencia tanto las respuestas del imputado o

³⁷ FOSCHINI, G. Ob. Cit. Págs. 108-112.

acusado como las lagunas o evasivas con las que contesten, es decir, el silencio³⁸. Por otro, entender que sólo pueden valorarse sus respuestas expresas, haciendo caso omiso a las preguntas a las que no haya querido responder³⁹.

La primera teoría se basa en que el sujeto pasivo del proceso, una vez que decide someterse, aunque sea parcialmente, al interrogatorio, está consintiendo en que su declaración sea utilizada como medio de prueba. Y no es esta una idea desacertada, más bien todo lo contrario, pues el imputado, cuando contesta a algunas de las preguntas que se le formulan por los intervinientes en el interrogatorio, acepta colaborar con la justicia en la investigación de los hechos que indiciariamente se le atribuyen.

Ahora bien, no olvidemos que la elección de guardar silencio o declarar forma parte de su estrategia defensiva y está amparada por su más amplio derecho de autodefensa. De este modo, hay que interpretar la decisión del imputado de contestar a algunas preguntas y a otras no precisamente a la luz de aquel derecho fundamental.

Es cierto que el imputado en estos casos consiente en que su declaración sea utilizada como medio de prueba, pero sólo en la parte que él haya decidido, esto es, en las respuestas que haya dado a las preguntas a las que haya considerado conveniente responder y no en sus silencios.

Por tanto, nos mostramos partidarios de la segunda postura, pues entendemos que ésta es la más coherente con los principios constitucionales inherentes a la defensa y con el derecho fundamental al silencio. En resumen, el acusado podrá dejar de contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, sin que el juez o tribunal pueda extraer de dicha actitud ningún efecto⁴⁰.

De este modo, al igual que ocurre en el ámbito del silencio total, es innecesario hacer constar en el acta de declaración en la fase sumarial o en la del interrogatorio en el plenario las preguntas que se formulan al imputado o acusado y que éstos se niegan a responder. Si únicamente podrán tenerse en cuenta sus respuestas expresas, las preguntas no respondidas no tienen valor alguno y su consignación escrita sería expresión de una cierta tendencia a no aceptar el silencio como derecho privado de efectos negativos.

³⁸ GOLLWITZER, W. LOWE-ROSENBERG. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Dritter Band, Sechster Abschnitt. 1978. Pág. 49. Citado por ASENCIO MELLADO, JM. *La prueba prohibida...* Cit. Pág. 194.

³⁹ ROXIN, C. *Strafverfahretrecht*. München. 1987. Págs. 80 y 82. Citado por ASENCIO MELLADO, JM. *La prueba prohibida...* Cit. Pág. 194.

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal...* Cit. Pág. 833.

2) Silencio en todas las fases del procedimiento o sólo en alguna.

Si el sujeto pasivo del proceso penal decide no responder a ninguna pregunta, ni durante la instrucción del procedimiento, ni en el curso del juicio oral, la solución a adoptar habrá de ser la ya expuesta respecto del silencio total, es decir, la imposibilidad de valorar dicho silencio por el Juez o Tribunal sentenciador en un sentido u otro.

Ello no obstante, siendo el derecho al silencio un derecho de carácter sucesivo, el imputado podrá optar por no contestar a las preguntas que se le dirijan en fase de instrucción, declarando como acusado en el juicio oral o al revés, declarar durante la instrucción de la causa y permanecer en silencio en el plenario.

Incluso dentro de la fase investigadora es posible que el imputado elija guardar silencio en su interrogatorio en sede policial, pero declarar una vez sea puesto a disposición judicial ante el Juez de Instrucción. Hecho éste que suele suceder con frecuencia, habida cuenta la probabilidad mayor de que se vulneren los derechos fundamentales del imputado en sede policial que en la judicial⁴¹, razón ésta que provoca que los letrados aconsejen a sus clientes guardar silencio y no responder a las preguntas que les formulan los agentes de policía.

La realidad del peligro es tal que varios Códigos Procesales Penales latinoamericanos prohíben a la policía tomar declaración al imputado. Entre ellos cabe citar el art. 184.10 del Código argentino, según el cual los funcionarios de la policía no podrán recibir declaración al imputado, sino que únicamente podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías establecidos en su favor por las normas rituales. Y la sanción por incumplimiento de este precepto es la nulidad absoluta de la declaración, apreciable de oficio en cualquier estado del proceso⁴². En el mismo sentido se pronuncia el art. 103 del Código Procesal Penal de la República Dominicana y el art. 88 del Código Procesal Penal de Guatemala.

Pero volviendo al tema que nos ocupa, en el caso de que acusado haya guardado silencio en la fase de instrucción, pero decida declarar ante el Juez o Tribunal sentenciador en el plenario, no se plantea problema alguno. Sólo lo manifestado en el juicio oral podrá tenerse en cuenta en la resolución que en su día recaiga, sin que sea posible extraer conclusión alguna de su silencio previo, pues las razones que llevaron al imputado a no manifestar nada durante la instrucción de la causa pudieron ser diversas y, en todo caso, su decisión la tomó amparándose en su derecho fundamental a permanecer en silencio y a no colaborar.

⁴¹ GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A. *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Editorial Bosch. 2014. Pág. 143.

⁴² FLEMING, A. y LÓPEZ VIÑALS, P. *Garantías del imputado*. Buenos Aires. 2008. Pág. 326.

En cambio, mayores problemas plantea el supuesto de que el imputado haya declarado durante la instrucción pero se niegue a hacerlo en el juicio oral.

La jurisprudencia española, en líneas generales, se muestra partidaria de la posibilidad de valorar las declaraciones sumariales del imputado cuando éste opte por guardar silencio en el juicio oral. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de septiembre de 2000 dice: “En los supuestos de imposibilidad o constatada y razonable dificultad de su práctica en el juicio oral, con necesaria intervención del Juez de instrucción, garante de la imparcialidad y de la legalidad, y con presencia de las partes que garantizan la contradicción en la producción de la prueba, las declaraciones obrantes en el sumario puede ser objeto de valoración por el tribunal encargado del enjuiciamiento. 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 LECrim.⁴³) acordando su incorporación, por testimonio, de las declaraciones del acusado en la instrucción”⁴⁴.

Esta postura es también defendida por algunos autores sobre la base de dos argumentos. Primero, que el silencio del acusado puede ser entendido como contradicción a los efectos del art. 714 LECrim.⁴⁵. Y segundo, que los supuestos de imposibilidad jurídica de practicar una prueba en el plenario tienen también cabida en el art. 730 LECrim. Entre ellos, PÉREZ-CRUZ MARTÍN mantiene que no afecta a ningún derecho fundamental valorar en sentencia la declaración del imputado prestada en el sumario cuando éste haya decidido guardar silencio en el juicio oral y ello porque cada declaración del imputado/acusado tiene carácter independiente. Con este fin, entiende que aunque el imputado hubiera hecho uso de su derecho al silencio en el plenario, en éste se puede dar lectura, a instancia de cualquiera de las partes, a las manifestaciones inculpativas que realizó durante la fase de instrucción⁴⁶.

Ahora bien, no podemos compartir este punto de vista porque a nuestro juicio se están confundiendo dos situaciones diferentes. Por un lado, el acusado que declaró en la

⁴³ Art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

⁴⁴ En el mismo sentido, Vide. STS 590/2004, de 6 de mayo y SSTC 38/2003, de 27 de febrero.

⁴⁵ Art. 714 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes”.

⁴⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AJ. *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Pamplona. 2011. Pág. 131.

instrucción pero guarda silencio en el juicio oral y, por otro lado, el acusado que declara en ambas fases procedimentales y de la comparación entre sus manifestaciones anteriores y posteriores resultan contradicciones.

En el primer caso entendemos que la entidad del derecho fundamental al silencio impide que puedan valorarse en sentencia las declaraciones sumariales del imputado. Y ello porque, según el art. 741 LECrim., la prueba ha de practicarse en el juicio oral con arreglo a los principios de inmediación y contradicción y los únicos supuestos en que se permite la reproducción de diligencias de instrucción en el plenario son aquéllos en que no pueda practicarse la prueba por “causas independientes de las partes”⁴⁷. Que el acusado haya decidido guardar silencio no puede en ningún caso ser considerado como causa independiente de la voluntad de las partes, pues aquél es parte en el proceso penal y no hace otra cosa que manifestar su voluntad amparándose en un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Creemos que en estos supuestos es igualmente innecesario dar lectura a sus declaraciones sumariales en el juicio oral, por cuanto su silencio en éste ha de primar sobre sus manifestaciones en la instrucción. De no ser así, se estaría desvirtuando tanto el ámbito de protección del *ius tacendi* que llegaría a perder su sentido último, convirtiéndose en un mero principio informador sin virtualidad práctica alguna.

En el segundo caso la cuestión es más compleja. Ahora bien, aquí ya no nos encontramos en el ámbito del derecho al silencio, sino en el correspondiente al controvertido “derecho a mentir” del imputado/acusado, pues evidentemente si éste ha declarado tanto en la instrucción como en el juicio oral no ha hecho uso de su derecho a callar.

Del tenor literal del art. 714 LECrim., antes transcrito, resulta que, en contra de lo que manifiesta un sector de la doctrina, sólo es posible poner de manifiesto en el plenario las contradicciones de los testigos que hayan declarado también en la instrucción, no de los acusados. A diferencia de lo que establece el art. 46.5 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, según el cual “El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”.

Mientras un precepto similar al recogido en la Ley del Jurado no se introduzca en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no será posible, a nuestro juicio, destacar las contradicciones del acusado cuando estemos en el ámbito de los procesos regulados por

⁴⁷ NIEVA FENOLL, J. *La valoración...* Cit. Pág. 254.

la Ley Rituaria. Es decir, sólo en el proceso ante el Tribunal del Jurado podrá admitirse esta posibilidad. Y, en todo caso, la Ley del Jurado permite valorar contradicciones, no el silencio confrontado con declaraciones sumariales.

No obstante lo dicho, creemos necesario ir más allá. Si en algún momento se produce una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el anterior sentido, aunque se permitiera evidenciar las contradicciones entre lo declarado por el acusado en instrucción y en el juicio oral, no debemos olvidar que aquél no sólo tiene derecho a guardar silencio, sino también a mentir o, mejor dicho, a que no se derive consecuencia alguna de su declaración mendaz (STC 55/2005, de 14 de marzo de 2005 y STS de 24 de marzo de 2006⁴⁸).

A favor de esta postura se pronuncia gran parte de la doctrina. Entre ellos, RAMOS MENDEZ⁴⁹ dice que la voluntad del imputado de declarar, que supone reconocer su disponibilidad para ser utilizado como medio de prueba, no le obliga a nada más que a decir lo que quiera, aunque no sea verdad. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵⁰ considera que debe reconocerse la existencia de un derecho a mentir, ya que en caso contrario se estaría mermando considerablemente la capacidad de defensa del imputado, así como el contenido del derecho al silencio y del derecho a no inculparse. Y HUERTAS MARTÍN⁵¹ defiende que si bien el Tribunal Supremo, en muchas ocasiones, ha valorado negativamente la declaración mendaz del imputado debe reconocerse un derecho a la falsedad.

Así las cosas, aunque efectivamente existieran contradicciones entre lo declarado por el acusado en ambas fases del procedimiento, la lectura de la declaración sumarial sólo debería servir para evidenciar dicha contradicción, y nunca para motivar una sentencia condenatoria⁵². Lo contrario supondría una interpretación restrictiva del fundamental derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

⁴⁸ Dice el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de marzo de 2006 que “el derecho a no declarar y la ausencia de un deber de decir verdad, quitan a las contradicciones el valor de prueba del hecho acusado cuando en ninguna de las versiones dadas por éste se ha confesado la autoría de los hechos. Es posible no tener por probada la coartada, pero ello no significa prueba de la culpabilidad. Así lo ha establecido la STC 174/1985 en la que se dijo: "Ciertamente, éste (el inculpado) no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente". De suerte que si la prueba de la culpabilidad incumbe a la acusación, no es exigible que el acusado pruebe su coartada, pues ello equivale a exigirle la prueba de la inocencia (véanse SSTs de 6 de octubre de 1.998 y 15 de octubre de 1.999; asimismo, la STC de 13 de julio de 1.998)”

⁴⁹ RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento...* Cit. Pág. 301.

⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El derecho a guardar silencio...* Cit. Pág. 594.

⁵¹ HUERTAS MARTÍN, MI. *El sujeto pasivo...* Cit. Pág. 306.

⁵² LOZANO EIROA, M. *El derecho al silencio del imputado en el proceso penal*. Diario La Ley. Núm. 7925. Sección Doctrina. 18 de septiembre de 2012. Pág. 7.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III (Artículos 259 a 455)*. Madrid. 1924.

ALTAVILLA, E. *Psicologia giudiziaria*. Torino. 1929.

ARAGONESES ALONSO, P. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1986.

ARMIJO SANCHO, G. LLOBET RODRÍGUEZ, J. y RIVERO SÁNCHEZ, JM. *Nuevo Proceso Penal y Constitución*. San José de Costa Rica. 1998.

ASENCIO GALLEGO, JM. *Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal*. Revista General de Derecho Procesal. Nº 36. Mayo 2015.

ASENCIO MELLADO, JM. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2012.

— *El imputado en el proceso penal español*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 1993.

— *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima. 2008.

FLEMING, A. y LÓPEZ VIÑALS, P. *Garantías del imputado*. Buenos Aires. 2008.

FOSCHINI, G. *L'imputato*. Milano. 1956.

GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2008.

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*. Barcelona. 1979.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1984.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A. *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Editorial Bosch. 2014.

HUERTAS MARTÍN, MI. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona. 1999.

ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna. 1979. Pág. 194.

LEONE, G. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. 1963. (Traducción efectuada por Santiago Sentís Melendo).

LÓPEZ YAGÜES, V. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*. Alicante. 2002.

LOZANO EIROA, M. *El derecho al silencio del imputado en el proceso penal*. Diario La Ley. Núm. 7925. Sección Doctrina. 18 de septiembre de 2012.

MAIER, JULIO BJ. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires. 1996.

MORA MORA, LP. *Los principios fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998*, en “Reflexiones sobre el nuevo proceso penal”. Obra colectiva. San José de Costa Rica. 1997.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2004.

NEYRA FLORES, JA. *Tratado de Derecho Procesal Penal. T. I*. Lima. 2015.

NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid. 2010.

ORÉ GUARDIA, A. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima. 2011.

PASTOR, D. R. *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires. 2004.

PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2000.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AJ. *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Pamplona. 2011.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1982.

RIVERA MORALES, R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Barquisimeto. 2012.

ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. 2000. (Traducción efectuada por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier).

SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal. Volumen II*. Lima. 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, P. *El nuevo Proceso Penal*. Lima. 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona. 1969.

TALAVERA ELGUERA, P. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. 2004.

VERGER GRAU, J. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona. 1994.