

LA VALORACIÓN DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN EL PROCESO PENAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EUROPEA

Susana ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: Entre los derechos que se les reconocen a las personas detenidas, investigadas y encausadas en un proceso penal, figura, entre otros, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez, como parte del más genérico derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a guardar silencio se ha incorporado a numerosos ordenamientos nacionales e internacionales, y aunque ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el propio Convenio Europeo lo contemplan expresamente, se considera que está implícitamente garantizado en dichos Tratados, ínsito en la idea de un proceso equitativo.

Debemos entender que la elección del sometido al proceso penal de no responder a las preguntas que se le dirijan forma parte de su estrategia defensiva, por lo que en nuestro sistema procesal el ejercicio del silencio no puede ni debe ser tomado como indicio de culpabilidad. Y aunque así lo ha reconocido parte de nuestra jurisprudencia, otra línea jurisprudencial extensa y reiterada ha afirmado que el silencio sí puede ser considerado un indicio en contra del acusado, cuando no ofrece una explicación plausible de los motivos de su negativa a declarar y ya exista una prueba objetiva de cargo.

Palabras clave: Proceso penal, detención, derecho de defensa, derecho a guardar silencio, derecho a la no autoincriminación, derecho a no confesarse culpable, derecho a no declarar, derecho al juicio justo, derecho a la presunción de inocencia, prueba de indicios, debido proceso legal.

Summary: Among the rights granted to persons detained, investigated and prosecuted in criminal proceedings are, among others, the right to remain silent, not to testify, not to testify against oneself and not to confess guilty, not to answer any of the questions asked, or to state that he will only testify before the judge, as part of the more general right of defense and the right to presumption of innocence. This right has been incorporated into many national and international laws, and although neither the International Covenant on Civil and Political Rights nor the American Convention on Human Rights nor the European Convention itself expressly so provides, it is considered implicitly guaranteed in those treaties, in the idea of an equitable process.

We must understand that the choice of the subject to the criminal process of not answering the questions addressed to him is part of his defensive strategy, so that in our procedural system the exercise of silence should not be taken as an indication of guilt. And although part of our jurisprudence has recognized this, another long and reiterated line of jurisprudence has affirmed that silence can be considered as an indication against the accused, when he does not offer a plausible explanation of the reasons for his refusal to declare and already exist an objective test of charge.

Keywords: Criminal procedure, arrest, right of defense, right to silence, right to non-self-incrimination, right not to confess guilty, right not to testify, right to a fair trial, right to presumption of innocence, evidence of indications, due process in law.

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Los derechos de los detenidos y encausados. 1.2. Desarrollo legislativo. 1.3. El derecho a guardar silencio como derecho procesal constitucionalizado. 2. El contenido del derecho a guardar silencio. 3. La valoración jurídica del silencio. 3.1. El silencio del investigado y del acusado como derecho a no declarar. 3.2. La valoración del silencio según el TEDH. 3.3. La valoración del silencio según el TC. 3.4. La valoración del silencio según el TS. 3.5. El “*test de la explicación*”. 3.6. La Directiva 2016/343/UE. 3.7. Crítica a la valoración jurídica del silencio según la jurisprudencia. 4. Conclusiones.

Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales.

Alonso Martínez

1. INTRODUCCION

1.1. Los derechos de los detenidos y encausados

Desde que surge un título de imputación contra una determinada persona, es decir, desde que se le atribuye de forma razonada un hecho punible, es necesario comunicarle de manera comprensible los derechos que le asisten, su alcance y su contenido, para preservar así de forma efectiva su derecho de defensa. Como ya puso de manifiesto Alonso Martínez, dos son los derechos enfrentados en todo proceso penal: el del Estado y la sociedad a perseguir y castigar a los delincuentes, y el de la salvaguarda de los derechos de toda persona sujeta a un proceso. Encontrar el equilibrio de ambos intereses no resulta una tarea sencilla¹. Por otra parte, para el efectivo ejercicio del derecho de defensa de los sometidos a un proceso penal, es imprescindible que estos conozcan y comprendan los derechos que les asisten y de cuya efectividad se responsabilizan legal y directamente los poderes públicos².

Esos derechos vienen reconocidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal³ de forma genérica en su art. 118⁴ y de forma específica en el art. 520.2 de dicho texto legal⁵. El art. 520.2 LECri consagra el derecho de toda persona detenida o presa de ser informada por escrito, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyen y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como, entre otros, del derecho a guardar silencio

¹ Roxin, C. *La protección de la persona en el derecho procesal alemán*. Revista Penal nº 6, año 2000. Ed. La Ley. Madrid, 2000, pág. 115.

² Velayos Martínez, I. *El derecho del imputado al silencio*. Revista Justicia 95. I-II. Ed. Bosch. Barcelona, 1995, pág. 61

³ En adelante, LECrim.

⁴ Respecto de los derechos de los sometidos a un proceso, y en similar sentido a lo establecido en el art. 520 LECrim, el art. 118 LECrim establece en su apartado 1 que toda persona a quien se le atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los derechos que le asisten. La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible.

⁵ Según redacción aprobada por el apartado uno del artículo único de la L.O. 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 tecnológica, para transposición de la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

no declarando si no quiere⁶, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁷. El derecho a guardar silencio durante el interrogatorio policial y en el juicio oral se considera ínsito en dos derechos que gozan de protección internacional: el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de la persona a no ser obligada a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Dicha protección se ha incorporado a numerosos ordenamientos nacionales e internacionales, si bien ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹, ni el propio Convenio Europeo¹⁰ lo contemplan expresamente. Aun así, se considera que tal derecho está implícitamente garantizado en dichos Tratados, al igual que el derecho a no declarar contra sí mismo, como parte de la noción del juicio justo¹¹ o proceso equitativo¹², y así lo ha afirmado el Comité de Derechos Humanos. Según el Tribunal Europeo, “no cabe duda de que el derecho a no autoincriminarse y a permanecer en silencio en un interrogatorio policial son normas internacionales reconocidas ampliamente que subyacen en la noción de juicio justo establecida en el art. 6 del Convenio europeo”.

Nuestro TC se ha hecho eco de ello, afirmando que, si bien es cierto que aunque el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación no

⁶ El consonancia con lo establecido en el art. 24.2 de la Constitución, que reconoce, además del derecho a un juicio público y con todas las garantías, el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, si bien no afirma directamente el derecho del imputado o acusado a guardar silencio. Este derecho a guardar silencio se menciona genéricamente en una amplísima jurisprudencia, tanto del TC como del TS. Así, por ejemplo, en la STC 54/2015 y sentencias citadas en la misma.

⁷ Huelga recordar la absoluta prohibición del uso de la tortura o de tratos inhumanos o degradantes para obtener la confesión del reo. Además de estar expresamente prohibido por el art. 15 CE, los textos internacionales suscritos por España en esta materia rechazan estos medios prohibidos.

⁸ Nueva York, 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 y suscrito por España). Constituye un Tratado multilateral general que reconoce un elenco de derechos civiles y políticos, a la vez que establece mecanismos para su protección y garantía.

⁹ Vid., art. 8 de dicha Convención.

¹⁰ Vid., art. 6 del mismo.

¹¹ Vid., SSTEDH, *Saunders vs Francia* (10828/84), TEDH (1993); *Heany and McGuinness vs Irlanda* (34720/97) (2000), o *J.B. vs. Suiza* (31827/96) (2001). En el asunto *Saunders*, el TEDH afirmó que incluir entre el acervo probatorio las transcripciones de las declaraciones hechas bajo coacción a inspectores no vinculados a la Fiscalía suponía una violación del derecho a no autoincriminarse. Para un estudio en profundidad de esta sentencia, puede consultarse Herrera Molina, M. *Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector. Comentario y traducción de la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos, de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders v United Kingdom*. Revista Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia. Coord. Banacoche Palao, J. Ed. La Ley. Madrid, 1997 (II).

En otra causa, el TEDH sostuvo que el procesamiento de un hombre por negarse a entregar documentos a los funcionarios de aduanas suponía violación del derecho de todo acusado a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

¹² Vid., STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders vs Francia*, y de 21 de diciembre de 2000, caso *McGuinness vs. Irlanda*. Nuestro estudio se centrará básicamente en el silencio en el ámbito del proceso penal. Respecto a todo procedimiento en que puedan ser impuestas multas u otro tipo de sanciones, puede consultarse las SSTEDH de 25 de febrero de 1993 (caso *Funke*), 24 de febrero de 1994 (caso *Bendenoun*), 17 de diciembre de 1996 (caso *Saunders c. Reino Unido*) y 6 abril 2000 (*J.B. contra Suiza*). Vid., asimismo Falcón Y Tella, R. *El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo*. Revista Quincena Fiscal num.13/2015. Editorial Aranzadi. Madrid, 2015.

se mencionan específicamente en el art. 6 del Convenio, deben ser considerados normas internacionales que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo que protege el art. 6.1 del Convenio¹³.

La reciente Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, y de una forma más genérica la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales¹⁴, han otorgado un mayor ámbito de protección a la defensa de los derechos del detenido. Dichas Directivas se basan en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho a un proceso equitativo en sus diversas vertientes y manifestaciones, reconociendo a los sometidos a un proceso una serie de derechos procesales de corte constitucional. La información de tales derechos debe ofrecerse desde el momento en que se produce la detención de la persona y antes de proceder a su toma de declaración¹⁵, o bien desde que surge cualquier otro título de imputación.

Como ya hemos adelantado, se debe informar del derecho a no autoincriminarse y a no declararse culpable, así como del derecho a guardar silencio antes y durante el interrogatorio ante la policía o ante las autoridades judiciales¹⁶, protegiendo de este modo la libertad de la persona sospechosa de decidir si quiere hablar o guardar silencio.

1.2. Desarrollo legislativo.

La Constitución de 1978 refrendó normativamente por vez primera dicho derecho, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción originaria, exhortaba al reo a decir verdad en su art 387, precepto que se mantuvo hasta la reforma del año 2015¹⁷, si bien nuestros tribunales lo venían interpretando a la luz

¹³ STC 18/2005.

¹⁴ De fecha de 22 de mayo de 2012. La no información supone una evidente merma del legítimo derecho de defensa. Es más, si la instrucción se llegara a ampliar a nuevos hechos, también de éstos se le deberá dar cumplida información al investigado tan pronto como resulte posible. Se reconoce igualmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en las Reglas del Tribunal de Ruanda y del Tribunal de la ex Yugoslavia y los Principios Justos en África.

¹⁵ “Para garantizar que el investigado manifiesta su voluntad libre de someterse o no al interrogatorio, es necesario que previamente (...) se le informe, tanto por los funcionarios policiales, como por el juez instructor y sentenciador, de los hechos que se le atribuyen, la calificación jurídica de los mismos y de los derechos que la ley le otorga”. En este sentido, vid., Pedraz Penalva, E. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Comares. Granada, 2000, pág. 261. Debemos entender que esta información se refiere a los hechos típicos, a la participación y culpabilidad y a las posibles consecuencias jurídico-penales derivadas de los mismos. Por el principio acusatorio, entendemos que también debería hacerse referencia desde ese momento, a los indicios concurrentes tendentes a acreditar los anteriores extremos.

¹⁶ Según lo dispuesto en el art. 14, párrafo 3 g) del Pacto, habiéndose solicitado expresamente la consagración legal y aplicación práctica de dicho derecho. En su origen, este derecho nace para la evitación de las torturas con el fin de obtener una confesión. Con este tipo de prácticas inquisitivas, no era infrecuente que el reo acabara declarando en su contra, lo que facilitaba la labor de los jueces que se basaban en dicha “confesión” para condenar al reo, a pesar de la escasa o nula fiabilidad de este tipo de confesiones. *Juicios Justos*. Manual de Amnistía Internacional. 2ª ed. Madrid, 2014, pág. 87 y ss.

¹⁷ Por la ya citada LO 13/2015.

de los postulados constitucionales y de los textos internacionales sancionados por España en esta materia, limitando así su vigencia y aplicabilidad práctica.

Tras la aprobación de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y su trasposición a nuestro ordenamiento interno¹⁸, el legislador ha reformado, entre otros, el artículo 118 LECrim, que en su apartado 1 letra g), recalca la esencialidad del derecho procesal constitucionalizado de guardar silencio, derecho del que, al igual que los restantes derechos de los detenidos, debe ser instruido sin demora, y en su letra h), consagra el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, al igual que lo hace, como ya hemos tenido ocasión de indicar, el art. 520.2.a) de dicho cuerpo legal. La reciente aprobación de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, consagra el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos, que no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.

1.3. El derecho a guardar silencio como derecho procesal constitucionalizado

En España, este derecho se ha configurado como un derecho constitucional, instrumental de la prohibición de la autoincriminación, y ésta, del derecho a la defensa, que a su vez también lo es del debido proceso. El derecho a no autoincriminarse requiere que la sentencia de condena se fundamente sin recurrir en ningún caso a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión¹⁹, protegiendo al sujeto de ser obligado a declarar contra sí mismo, mientras que el derecho a guardar silencio, preserva de ser obligado a responder. En palabras de Asencio Gallego, “el derecho al silencio es una manifestación del derecho de defensa, o mejor dicho, de la autodefensa del investigado. No implica, en contra de lo que pudiere pensarse, la renuncia a ejercitar la defensa. (...) 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”²⁰. Este mismo criterio lo sostiene el Tribunal Constitucional²¹, al afirmar que el derecho a no inculparse forma parte del derecho de defensa. “Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del gené-

¹⁸ Por medio de la LO 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 tecnológica.

¹⁹ En este sentido, STC 18/2005, de 1 de febrero. En lo que se refiere al ámbito de un procedimiento administrativo sancionador y tributario, vid., SSTC 54/2015, 18/2015. Si las declaraciones han sido obtenidas bajo medios coactivos, la prueba no puede ser utilizada en juicio, aunque las declaraciones se hubieran obtenido *antes* de haber sido acusada formalmente la persona. “Los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE, no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido”. Vid., SSTC 272/2006, de 25 de septiembre; 70/2008, de 23 de junio, y 142/2009, de 15 de junio.

²⁰ Asencio Gallego, J.M^a, *El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia*. En la obra colectiva, *El proceso penal*. Coord. Fuentes Soriano, O. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 148.

²¹ Vid., STC 161/1997 de 2 de octubre.

rico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constrictión o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable".

La presunción de inocencia no puede quebrar en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a través de la confesión obtenida mediante coacción o inducción de cualquier clase. Esta presunción se proyecta sobre el principio acusatorio, de modo que quien acusa debe aportar una mínima pero suficiente prueba de cargo, obtenida con todas las garantías y respetando todos los principios legales y constitucionales, que constituya acervo probatorio suficiente para asentar un pronunciamiento condenatorio y enervar de ese modo la presunción de inocencia. Por ello el derecho a no declarar no puede implicar una inversión de la carga de la prueba, pues contravendría el derecho a la presunción de inocencia, de modo que el silencio del acusado no puede trasladar la carga de la prueba y liberar a la acusación de su función.

En ese sentido, la Directiva UE 2016/343²² consagra el derecho a guardar silencio como un aspecto importante de la presunción de inocencia que debe servir como protección frente a la autoinculpación. No se debe forzar a los sospechosos y acusados cuando se les solicita que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria²³, rechazándose el uso de la fuerza o de tratos inhumanos o degradantes, en consagración del derecho a un juicio justo.

De este modo, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se ha constitucionalizado expresamente en el art. 24.2 CE²⁴, dentro del debido proceso y de la noción de un proceso con todas las garantías, aun sin reconocer explícitamente el derecho a guardar silencio²⁵. Esta omisión "tiene poca importancia por las mismas razones que ha alegado el Tribunal de Estrasburgo,

²² Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, ya citada.

²³ No obstante, este derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo deben aplicarse a los aspectos relacionados con la infracción penal de cuya comisión es sospechosa o acusada una persona y no, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con su identificación.

²⁴ Derechos que están estrechamente vinculados con los derechos de defensa y de presunción de inocencia, de los que constituyen manifestación concreta de éstos. Vid., STC 161/1997, de 2 de octubre.

²⁵ Para Lopez Barja de Quiroga, en el art. 24.2 CE se establece claramente el derecho del acusado al silencio, su derecho a mentir y, en general, su derecho a no colaborar. "Se mantienen plenamente los principios «*nemo tenetur se detegere*» (es decir, «nadie está obligado a descubrirse a sí mismo»), «*nemo tenetur edere contra se*» (esto es, «nadie viene obligado a declarar contra sí mismo»), y «*nemo tenetur se ipsum accusare*» (es decir, «nadie está obligado a acusarse a sí mismo»), que en realidad vienen a ser lo mismo; la formulación puede variar pero el principio es el mismo. (...) Del deber de decir verdad y de colaborar en el proceso se pasó al deber de decir verdad y, el siguiente paso ha sido el derecho al silencio, a mentir y a no colaborar. Es evidente que sólo así el acusado deja de ser tratado como cosa y pasa a ser considerado persona". Vid., Lopez Barja de Quiroga, J. *Derechos procesales fundamentales...*, op cit., pág. 3.

plenamente aceptadas por el Tribunal Constitucional, y porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí contiene un reconocimiento expreso de este derecho”²⁶.

Para su efectividad es fundamental la consagración del derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, que adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del art. 17.3 CE²⁷. “Su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio”²⁸.

2. EL CONTENIDO DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

Tal y como recoge nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, el derecho a guardar silencio engloba diversas conductas. Así, en el art. 118 LECrim se reconoce por un lado el derecho a guardar silencio y a no prestar declaración y el derecho a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se formulen, y, por otro, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Por su parte, el art. 520 LECrim consagra igualmente el derecho del detenido o preso a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez, así como el derecho a la no autoincriminación (no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable).

Se trata, por otra parte, de un derecho de ejercicio sucesivo, al que puede acogerse el sometido al proceso penal tantas veces cuantas sea llamado a declarar, ya sea en fase de instrucción, ya sea en el acto del juicio oral²⁹, y sin que su negativa a declarar en una fase o acto pueda considerarse como una contradicción si después no se acoge nuevamente a este derecho, sino como un arma para su mejor defensa. El reconocimiento de estos derechos, además, es de aplicación a todos los procedimientos, sin que puedan existir diferencias según la gravedad del procedimiento penal de que se trate, pues la mayor o menor importancia del procedimiento o de la gravedad de la pena, no justifica que se obvien tales derechos³⁰. En definitiva, “el reo siempre tiene derecho a guardar silencio. En todo momento

²⁶ Asencio Gallego, J.M^a, *El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia*. En la obra colectiva, *El proceso penal*. Coord. Fuentes Soriano, O. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 145.

²⁷ Vid., STC 199/2003.

²⁸ “Dondequiera que esté amenazada la dignidad humana, existe sin duda la necesidad de salvaguardas legales. (...) Ahora, más que nunca, todo lo que es posible no es al mismo tiempo aceptable o permisible”. Vid., Gargani, A., en Gargani, A. *La identificación mediante pruebas genéticas en el derecho italiano: problemas y perspectivas*, en *El Derecho ante el Proyecto Humano*. Coord. Romeo Casabona, C. Ed. Fundación BBVA, vol. IV., pág. 170. En todo caso, nuestro TC ha sido desde siempre muy claro al reconocer que el derecho a la intimidad es uno de esos derechos que no tienen carácter absoluto y que pueden verse constreñidos en función de otro interés.

²⁹ Este derecho le asiste pues al investigado, en fase de instrucción, desde el momento de su primera declaración ante la policía, y por supuesto en dependencias judiciales, y que vuelve a manifestarse en el acto del juicio oral durante el interrogatorio del encausado.

³⁰ Lopez Barja de Quiroga, J. *Derechos procesales fundamentales*, ...op. cit., pág. 12.

y en toda circunstancia”³¹. La presencia del letrado supone un plus en la protección de este derecho³², pudiendo el detenido entrevistarse con su letrado reservadamente con anterioridad a la toma de declaración y preparar su estrategia de defensa³³.

3. LA VALORACIÓN JURÍDICA DEL SILENCIO

3.1. El silencio del investigado y del acusado como derecho a no declarar

Como principio general, el ejercicio de un derecho no debería castigar a quien lo ejerce. Pero si bien pudiere parecer que el derecho a guardar silencio se trata de un derecho ilimitado en sí mismo, lo cierto es que se ha llegado a extraer consecuencias negativas del legítimo uso de este derecho, según una reiterada y constante doctrina tanto del TEDH, como del TC y de la Sala 2ª del TS. Y ello a pesar de que el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁴ prohíbe expresamente extraer en juicio conclusiones en contra del acusado cuando decide ejercer su derecho a guardar silencio³⁵. Como afirma Roxin, “la protección frente a la auto-incriminación garantiza este derecho a guardar silencio pero sólo cuando del silencio del inculcado no pueda derivarse para él ninguna consecuencia desfavorable. Porque de lo contrario, sería un silencio auto-inculporio”³⁶.

³¹ Nieva Fenoll, J., *Guardar silencio*. El Periódico. Publicación on line. Sección “Opinión”. 6 de marzo de 2016.

³² El derecho a la asistencia letrada viene reconocido en el art. 17.3 CE y le corresponde a todo investigado con independencia de que se encuentre sometido o no a una medida cautelar privativa de libertad -o de cualquier otra naturaleza-, pues el derecho de defensa y los demás derechos inherentes al mismo nacen desde el momento en que de cualquier forma se le atribuya un hecho delictivo a una determinada persona.

³³ Declarar o no, o declarar parcialmente, o sólo a las preguntas que le formule su letrado. Se reconoce este derecho con anterioridad a la toma de declaración, tras la reforma operada por la LO 13/2015, para la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2013/48/UE.

³⁴ En adelante, CPI, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. Instrumento de Ratificación de España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional publicado en BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002. El art. 55.2.b) de su Reglamento establece que el sospechoso tendrá derecho a “guardar silencio, sin que ello pueda ser tenido en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”, derecho que se reconoce igualmente al encausado en el art. 67.1.g) del mismo.

³⁵ Art. 67.1.g) del Estatuto de la CPI. El Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por las leyes del Reino Unido que permiten extraer conclusiones en contra del acusado que usa en el juicio este derecho a guardar silencio. Vid., *Manual de Juicios Justos*. Ed. Amnistía Internacional, pág. 141.

³⁶ Roxin, C. *La protección de la persona...*, op. cit., pág. 115. Como sigue apuntando este autor, en un principio la jurisprudencia alemana admitía considerar el silencio del inculcado como un indicio de su culpabilidad (BGHSt 1, 366), si bien en la actualidad entiende que el principio del *fair trial* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado. Y ello es de aplicación no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto. La jurisprudencia alemana admite sólo una limitación: pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en un principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298), siempre y cuando se le haya advertido previamente de sus derechos. “Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una autoincriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera

3.2. La valoración del silencio según el TEDH

El TEDH ha manifestado que extraer conclusiones en contra del acusado que ha hecho uso de este derecho sería contrario a su presunción de inocencia y al derecho a la no autoincriminación, si la sentencia de condena se basa *exclusiva o principalmente* en el silencio del acusado, o en su negativa a aportar pruebas de descargo. *A sensu contrario*, cuando concurriera con otras pruebas o indicios, ese derecho al silencio no tendría carácter absoluto, de modo que sí sería posible extraer conclusiones jurídicas del mismo, teniendo en cuenta todos los factores concurrentes en el caso³⁷.

Es de especial importancia la sentencia del TEDH en el caso *John Murray vs Reino Unido*³⁸, en la que el alto tribunal consideró que no hay vulneración de los arts. 6.1 y 6.2 del CEDH, si el tribunal nacional realiza una inferencia contraria al silencio o le da efecto incriminatorio al mismo, cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas contra el acusado, cabe esperar de él una *explicación* que se niega a facilitar³⁹. Según esta sentencia, es necesario hacer un análisis de cada caso, pues el tribunal nacional no puede establecer *a priori* un pronunciamiento de culpabilidad simplemente porque el acusado ha optado por permanecer en silencio. Pero si la prueba en contra del acusado le coloca en una situación que exija una justificación de los hechos por su parte y no la ofrece, ello permite suponer que no la ha dado porque es culpable. Por el contrario, si la prueba de la acusación no es tan concluyente como para exigir aquella aclaración del acusado, el silencio de este no puede ser suficiente para dictar un pronunciamiento de culpabilidad⁴⁰.

Tan criticable opinión fue seguida, aun de forma modulada, por el propio TEDH en los casos *Condrón*⁴¹, *Averill vs Reino Unido*⁴², *Bckkes vs Reino Unido*⁴³,

voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones". Roxin, C. *La protección de la persona...*, op. cit., pág. 116.

³⁷ Factores tales como el acceso a la asistencia letrada, las advertencias sobre las posibles consecuencias del uso del silencio y la importancia admisible concedida al silencio al evaluar las pruebas.

³⁸ STEDH *John Murray vs. United Kingdom* (18731/91), de 8 de febrero de 1996, párrs. 45, 47-48. Por contra, vid. *O'Halloran and Francis vs. United Kingdom* (15809/02), 2007, párrs. 43-63.

No obstante, en el caso *Allan vs. United Kingdom* (48539/99), 2002 (párrs. 50-53), el TEDH concluyó que se había menoscabado el derecho a guardar silencio cuando la policía recurrió a subterfugios para extraer confesiones u otras declaraciones autoincriminatorias. Aunque la persona sospechosa había permanecido en silencio durante el interrogatorio policial, la policía recluyó en su celda a un informante al que habían preparado para extraer información. La presentación en el juicio de las pruebas obtenidas de ese modo vulneró el derecho a un juicio justo. *Manual de Juicios Justos*. Ed. Amnistía Internacional, op. cit., pág. 88.

³⁹ En opinión de Nieva Fenoll, el TEDH se vio influenciado por los hechos que dieron lugar a este asunto. "Eran los tiempos del IRA, y había que conseguir que una sentencia británica que otorgaba cierto valor incriminatorio al silencio, fuera declarada compatible con los derechos humanos. Errónea jurisprudencia que se ha arrastrado hasta el día de hoy". Nieva Fenoll, J., *Guardar silencio*. El Periódico. Publicación on line. Sección "Opinión". 6 de marzo de 2016.

⁴⁰ Guimerá Ferrer-Sama, R. *El derecho de los acusados a guardar silencio*. Ed. Jurídica Sepin. Revista on line. 25 de octubre de 2016.

⁴¹ *Condrón vs. Reino Unido*, STEDH de 2 de mayo de 2000.

o en el asunto *Blanca Rodríguez vs España*⁴⁴, ratificándose en el argumento de que, si bien no se puede extraer la culpabilidad por el mero hecho de que el encausado guarde silencio, cuando las pruebas de cargo requieran un esclarecimiento de los hechos y aquél, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarlo, sí sería posible concluir su culpabilidad. En palabras del TEDH, “no procede (...) decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo del procedimiento criminal no deba necesariamente de tener valor cuando el tribunal valore la prueba en contra...”⁴⁵. No obstante, se exige que el órgano de enjuiciamiento no ignore que, en definitiva, guardar silencio es un derecho. Por eso cuando el imputado calla ante la policía eludiendo toda explicación que luego sí ofrecerá en sucesivas declaraciones, la actitud inicial no necesariamente ha de interpretarse en sentido incriminatorio. En ese momento inicial la propia estrategia de defensa puede explicar ese silencio⁴⁶.

3.3. La valoración del silencio según el TC

Nuestro Tribunal Constitucional no ha dudado en hacerse eco de la doctrina sentada por el TEDH en *Murray*. Así, la STC 202/2000⁴⁷ sigue el mismo, idéntico razonamiento del TEDH, al reconocer que “puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación (...). 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”. El TC ha puntualizado este criterio⁴⁸, al decir que ciertamente el silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficiente, pero sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado.

Por consiguiente, y aunque es cierto que el TC ha reputado lógico y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad⁴⁹, tal deducción ha de realizarse, según el Alto Tribu-

42 De 6 de junio de 2000.

43 De 8 de octubre de 2002.

44 De 22 de marzo de 2005.

45 Asunto *Condron*, ya citado.

46 "El acusado tenía cosas que callar y necesitaba tiempo para elaborar una explicación"; "si hubiese sido inocente no hubiese vacilado en exponer su versión a los agentes"..., según ejemplifica la STS 3 de septiembre 2013.

47 De 24 de julio.

48 STC 155/2002, FJ 15, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6. Idéntica a esta última en su fundamentación es la STC 219/2009, de 21 de diciembre.

49 Vid. STC 202/2000, de 24 de julio, F. 5. “En circunstancias muy singulares, 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 (STC 220/1998, F.J. 4, por todas) o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio”. Vid., en el mismo sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 15, y 26/2010, de 27 de abril. En esta última se valora negativamente el silencio del acusado para explicar el contenido de ciertas grabaciones, y se toma como elemento de incriminación.

nal, en circunstancias muy singulares, en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles⁵⁰. Esta tesis del valor indirecto del silencio se ha mantenido por nuestra jurisprudencia de forma reiterada.

3.4. La valoración del silencio según el TS

Esta doctrina ha sido igualmente constante en la Sala 2ª del TS, quien la ha reiterado en múltiples ocasiones⁵¹, al manifestar que "*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) en más de una ocasión, ha justificado la utilización del dato del silencio en determinadas circunstancias como refuerzo probatorio a la hora de realizar una inferencia y obtener una convicción. Y todo ello sin perjuicio del indiscutible derecho a no declarar que posee el acusado*"⁵². De este modo, el TS, haciéndose eco de la doctrina *Murray*, le da al silencio cierta importancia a efectos de cargo⁵³, de tal manera que si bien el derecho del investigado (en la instrucción) o del encausado (en el acto del juicio) a guardar silencio es absoluto, sí se pueden extraer consecuencias de ese silencio⁵⁴. Para ello sería exigible la existencia de suficientes pruebas directas o indiciarias de carácter incriminatorio contra el encausado, para que el tribunal pueda fundar su íntima convicción y enervar la presunción de inocencia.

"Es verdad que nuestra Constitución ha elevado a derechos fundamentales del inculcado el de guardar silencio, es decir, a no declarar, a no declararse o confesarse culpable, a no prestar juramento y en definitiva a defenderse mintiendo, pero cuando ya existe la prueba objetiva contra él, su silencio, omitiendo dar convincentes explicaciones de su comportamiento, pueden privar al Tribunal de los elementos precisos para reinstaurar la presunción de inocencia que había desaparecido"⁵⁵.

En similar sentido, se expresa la STS 74/2013, de 6 de febrero, al afirmar 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 ele-

⁵⁰ Como quiera que en el supuesto de hecho no existía ningún otro elemento de prueba, se entendió que la valoración negativa del silencio del recurrente había quebrantado su derecho a la presunción de inocencia.

⁵¹ Entre otras muchas, SSTS 1484/2000; 1746/2003, 205/2004, 358/2004, 954/2006, 1275/2006, o 777/2008. Mucho más recientemente, las SSTS de 18 de febrero de 2010 y de 2 de junio de 2016.

⁵² STS 956/2003, de 26 de junio, FJ 1. Como bien apunta Díaz, esta doctrina se circunscribe a la actuación del Tribunal sentenciador, siendo discutible su aplicación en fase de instrucción para la declaración del imputado. Díaz López, J.A., *El derecho a guardar silencio*. Revista digital *Legal today*. 20 de Febrero de 2017.

⁵³ Por el contrario, el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 118.10, rezaba de la siguiente manera: "*Al silencio o negativa a declarar no podrá atribuirse 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*".

⁵⁴ Como es bien sabido, nuestro propio Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que no hay ningún derecho constitucional que sea absoluto. Así, por poner un par de ejemplos, el derecho a la libertad de expresión se ve limitado por el honor del afectado, o el derecho a la vida puede ser superado por la salvaguarda de otras vidas o de la propia.

⁵⁵ Vid., STS 2ª 1180/1985, de 21 de junio de 1985, considerando final.

mentos probatorios. Pero también ha de tenerse en cuenta que la aportación por parte de la acusación de pruebas suficientemente serias sobre los hechos que pueden requerir del acusado una justificación 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 culpabilidad⁵⁶.

No se puede compartir, sin más, la afirmación de que es un indicio de culpabilidad la decisión del acusado de no declarar en juicio oral⁵⁷, pero, como precisa la STS 652/2010⁵⁸, en relación al derecho a no declarar, “cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y éste, en el plenario, se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el tribunal sentenciador, sino que el hecho de que se le ofrezca la posibilidad de que dé una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que sólo tiene un valor de robustecer la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna”⁵⁹.

Sigue esta misma línea, entre otras muchas⁶⁰, la STS 684/2013 de 3 de septiembre al decir que “no es que se niegue el derecho del acusado a no declarar, ni que se le sancione por ello. Se trata sencillamente de inferir de ese dato la convicción de que el acusado alberga razones para ocultar determinados extremos y que esa actitud se explica perfectamente desde la hipótesis inculpatoria y sin embargo no encaja en absoluto con una supuesta inocencia”.

Según la STS de 24 de abril de 2008⁶¹, siguiendo esta línea de *no pero sí*, aunque de manera algo más atemperada, “contrariamente a lo que el recurrente expresa, el silencio del acusado no puede ser objeto de valoración por el Tribunal, pues del ejercicio de un derecho constitucional no debe subseguir un efecto negativo a su presunción de inocencia. Cuestión distinta es que el Tribunal de instancia, sobre la base de otra actividad probatoria distinta del silencio del acusado, pueda inferir efectos del silencio cuando el cúmulo de actividad probatoria exija del acusado una explicación de los hechos imputados”. Dicho razonamiento lo encontramos una y otra vez en las sentencias del TS⁶², de modo que “el silencio

⁵⁶ Vid., SSTS y 652/2010, de 1 de julio; 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, y SSTC 137/1998, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio.

⁵⁷ STS 84/2010, de 18 de febrero.

⁵⁸ De 1 de julio.

⁵⁹ Así lo recoge la STS 849/2013, respecto del silencio del acusado en el acto del plenario. En dicho asunto se insistió en que la persona concernida era condenada por las pruebas de cargo y sólo por ellas, de modo que la condena no precisaba de la valoración incriminatoria de ese silencio. La jurisprudencia en este sentido es abundante y reiterativa. Baste citar las SSTS 1484/2000; 1746/2003, 205/2004, 358/2004, 954/2006, 957/2006; 1275/2006, o 777/2008.

⁶⁰ Vid., en idéntico sentido, la STS 1755/2000, de 17 de noviembre, al decir que “cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación reclamada por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna”.

⁶¹ STS 176/2008.

⁶² SSTS 694/2013 y 733/2013.

del acusado, en un momento en el que el cúmulo de pruebas evidencian su participación en el hecho permite considerar, desde un razonamiento de lógica y sentido común que el acusado no ha querido suministrar una explicación razonable a la imputación resultante de la intervención de efectos que le incriminan, lo que permite corroborar su participación en el hecho”.

Incluso se ha apuntado que los tribunales penales también pueden emplear el silencio del encausado en sus (no) declaraciones sumariales como elemento para desacreditar su posterior declaración en el juicio⁶³. En estos supuestos, alguna Audiencia Provincial ha llegado a sostener que no se le podía dar credibilidad a la excusa aportada en la declaración del juicio, puesto que, a su juicio, no era verosímil hacerlo en momento tan avanzado y haber guardado silencio sobre ello en todas las declaraciones efectuadas ante la policía y luego ante el instructor.

3.5. El “test de la explicación”

La STC 136/1999⁶⁴ afirmaba que “el silencio del acusado sólo puede ser considerado como un indicio inculpatario cuando ya existe una prueba objetiva de cargo, una evidencia en su contra”. Según esta sentencia, y como ya hemos apuntado, cuando existen otras evidencias objetivas contra el acusado, el legítimo ejercicio de su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, no impide que tal silencio pueda ser tenido en cuenta, de modo que si el juez llega posteriormente a la convicción de que el silencio de los acusados corrobora su culpabilidad, es porque previamente había llegado a tal conclusión inculpatoria con los elementos ya analizados⁶⁵.

En voto particular se sostiene no obstante la necesidad de distinguir entre la lícita y necesaria valoración del silencio o de la versión del acusado como corroboración de lo que ya está probado, y la ilícita utilización de tal silencio o de la falta de credibilidad de tal versión como elemento de prueba que contribuye a dotar de suficiencia al acervo probatorio.

A la primera situación es a la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere como una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas, de modo que el sentido común dicte que su ausencia equivale a que no hay explicación posible y a que, en consecuencia, el acusado es culpable⁶⁶. La segunda situación supone una vulneración de los derechos a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia⁶⁷. El silencio del acusado no puede completar una

⁶³ Sobre el valor probatorio de las declaraciones sumariales que difieren de las del juicio, bien por ser diferentes o por haber optado a no declarar, vid., SSTC 16/2009. De 26 de enero y 149/2009, de 15 de junio y numerosa jurisprudencia citada en las mismas.

⁶⁴ De 20 de julio de 1999.

⁶⁵ Vid., en igual sentido, STC 300/2005, de 21 de noviembre.

⁶⁶ STEDH de 8 de febrero de 1996, caso *Murray contra Reino Unido*, a la que ya hemos hecho referencia.

⁶⁷ Excedería con mucho el propósito de este trabajo analizar los efectos procesales de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Nos remitimos al art. 11.1 LOPJ, que afirma la nulidad radical de las pruebas obtenidas con vulneración directa o indirecta de los derechos fundamentales, aceptando la aplicabilidad en nuestro país de la teoría de origen estadounidense de los *frutos del árbol envenenado*. Tan sólo nos permitimos hacer un breve apunte al respecto, y es que nuestro TC ha venido afirmando que la valoración en juicio de pruebas que pudieren estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere de un análisis a

prueba inexistente o insuficiente sin vulnerar la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que el derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer término, que el hecho delictivo ha de probarlo la acusación, de modo que los acusados no tienen obligación de declarar ni de autoincriminarse; es decir, pueden guardar silencio o, incluso, no decir la verdad al prestar declaración.

Esto es lo que constituye el llamado “*test de la explicación*”⁶⁸, que permitiría, según Asencio Gallego, considerar indicio la no declaración cuando las circunstancias demandan del investigado o encausado una explicación, criterio que, a su juicio, no resulta admisible a la luz del art. 24 CE, pues “el derecho al silencio, al ser una de las manifestaciones más importantes del derecho a la autodefensa, no puede ser interpretado restrictivamente, pues de hacerlo así ésta se vería gravemente menoscabada. (...) La decisión de guardar silencio puede estar motivada por diversas razones, y sólo en algunos casos por la imposibilidad de ofrecer alguna excusa”⁶⁹.

En similar sentido se expresa López Barja de Quiroga, al sostener que “la no declaración del acusado no es indicio de nada, sino el ejercicio de su derecho a no declarar. No puede afirmarse que el ejercicio de este derecho sea un indicio que constituya una prueba de cargo base de una condena”⁷⁰. Este mismo autor asegura que existen diversos matices diferenciales en cuanto a la manera de proyectar este test. “Por una parte, aquellas sentencias que consideran que el silencio del acusado es valorable cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclame una explicación por su parte de los hechos. Por otra parte, otras sentencias estiman que la ausencia de una explicación del acusado, o una versión de los hechos claramente inverosímil, pueden ser valoradas como un indicio más de carácter complementario para afirmar su culpabilidad (así, entre otras, STS, 956/2003, de 26 de junio)”⁷¹. La posibilidad de que en razón al «test de la explicación» el silencio del acusado pueda ser un indicio, conduce a que se considere que dicho indicio consti-

dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y sólo si existiera dicha conexión, procedería el análisis de la conexión de la antijuricidad, cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada. Por todas, STC 28/2002, de 11 de febrero. La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, que corresponde examinar a los jueces y tribunales ordinarios.

⁶⁸ Vid., SSTC, 127/2000, de 16 de mayo; y STC 202/2000, de 24 de julio. Del TS podemos destacar las sentencias 861/98, de 22 de junio; 470/99, de 29 de marzo; 554/2000, de 27 de marzo; 1443/2000, de 20 de septiembre; 1736/2000, de 15 de noviembre; 976/2002, de 24 de mayo; 1073/2002, de 5 de junio; 1219/2002, de 27 de junio; 642/2003, de 8 de mayo; 763/2003, de 30 de mayo; 719/2003, de 25 de junio; y 956/2003, de 26 de junio.

Según la STS, 1443/2000, de 20 de septiembre, ya citada, “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. Pese a su silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas”.

⁶⁹ Vid., Asencio Gallego, J.Mª., *El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia*. En la obra colectiva, *El proceso penal*. Coord. Fuentes Soriano, O. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 153.

⁷⁰ López Barja De Quiroga, J. *Derechos procesales fundamentales*. , op. cit., pág. 9.

⁷¹ No obstante, para Hernández García el uso constitucionalmente compatible del silencio o de la explicación inverosímil lo que sugiere es un estándar de racionalidad”, de modo que el valor del silencio en casos de prueba acusatoria ya consolidada “no sería probatorio sino argumental”. Vid., Hernández García, J. *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*. Ed. CGPJ. Madrid, 2010, pág. 77.

tuye prueba de cargo que quebranta la presunción de inocencia y, en consecuencia, que sea la base de una sentencia condenatoria”, postura inaceptable para López Barja De Quiroga. “La cuestión no es si la explicación del acusado es o no verosímil, sino si con independencia de ella, la acusación ha probado los hechos en los que puede fundamentarse una condena”⁷².

Conviene remarcar el carácter meramente accesorio que deberán tener en todo caso ese tipo de indicios (silencio del acusado o, en su caso, explicaciones inverosímiles o inveraces). La condena no puede descansar nunca exclusivamente en ellos, como se preocupa de destacar la STC 61/2005, de 14 de marzo. O, como se afirma en la STC 161/1997, de 2 de octubre, acogiendo la doctrina expresada en la precedente STC 197/1995, de 21 de diciembre, “el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia” y, por otra parte, su 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. En cuanto tal, 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”.

Es de interés citar la STC 9/2011, de 28 de febrero de 2011. Parte esta sentencia de la ya citada STC 202/2000, de 24 de julio, en la que insiste en la doctrina del TEDH⁷³ según la cual el derecho al silencio y el derecho a la no auto-incriminación, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia⁷⁴. Mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso *Murray*, afirma, no obstante la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa, puede resultar vulnerado, pero solo cuando de las circunstancias propias del caso, *puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación*⁷⁵ que no ofrece.

3.6. La Directiva 2016/343/UE

Esta Directiva de fecha de nueve de marzo, cuya trasposición al ordenamiento interno deberá realizarse con anterioridad al 1 de abril 2018, es continua-

⁷² López Barja de Quiroga, J. *Derechos procesales fundamentales ...*, op. cit., pág. 22.

⁷³ Con cita de las SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke vs Francia*, § 44; de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders*, § 68. Es también de destacar el caso *Serves vs Francia*, de 20 de octubre de 1997, *Heaney and McGuinness vs Irlanda*, de 21 de diciembre de 2000, o *Quinn vs Irlanda*, de 21 de diciembre de 2000.

⁷⁴ Así en la STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5.

⁷⁵ En este mismo sentido, SSTC 202/2000, de 24 de julio, y 26/2010, de 27 de abril. Es de destacar que en la sentencia STC 9/2011, ya citada, la condena de la demandante no se sostenía en la valoración contra reo de su negativa a prestar declaración, ni tampoco se invirtió la carga probatoria haciendo descansar en la recurrente la obligación de acreditar su inocencia, pues la condena no se basó en prueba indiciaria sino en prueba directa consistente en las declaraciones de las testigos víctimas y en las conversaciones telefónicas intervenidas, operando el recurso al silencio del imputado en la sentencia de instancia como un elemento adicional o de refuerzo, razón por la cual se estimó que no hubo lesión del derecho a la presunción de inocencia.

ción del Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en el proceso penal.

Su finalidad es la de establecer unas normas mínimas comunes sobre determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a la presencia del acusado en los procesos penales. Según dicho texto, el derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la auto-inculpación. De ahí que el art. 7.5 de la misma, afirme que este derecho no debe utilizarse en contra del sospechoso o acusado, y no debe considerarse, por sí mismo, como prueba de la comisión del delito.

Por ello estimamos que el art. 7.5 de la Directiva, ni solventa ni aclara la discusión en torno a la valoración del derecho a guardar silencio. *A sensu contrario*, delo que establece este precepto, y a la espera de la interpretación que le llegue a dar el TEDH, ¿podemos entender que sí podrá valorarse negativamente, al menos como indicio, cuando concorra con otras pruebas? Y es que el art. 7.5 es contradictorio en sí mismo: no puede utilizarse en contra del sometido al proceso penal, pero en conjunción de otras pruebas e indicios sí podría dársele cierto valor. La expresión “por sí mismo” debería eliminarse del texto; pues el silencio del acusado, ni por sí mismo ni en conjunción con otros indicios, puede ser valorable en modo alguno.

Sigue siendo, pues, necesaria, una norma tajante, que reconozca el derecho a guardar silencio ínsito en el derecho de defensa, sin más condicionamientos.

3.7. Crítica a la valoración jurídica del silencio según la jurisprudencia

No obstante la jurisprudencia sentada por el TEDH seguida por nuestro TC y nuestro TS, afirmando que el silencio del procesado, no queriendo contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal o de las restantes partes acusadoras, puede y debe valorarse como indicio incriminatorio a tenor de la doctrina anteriormente citada⁷⁶, entendemos que si el acusado decide acogerse a tal derecho a guardar silencio, el tribunal sólo puede condenarlo por otras pruebas aportadas legalmente al proceso, no pudiendo ser utilizado el hecho de haber guardado silencio siquiera como un indicio incriminatorio. Sugerir que acogerse al derecho al silencio obedece a la incapacidad del imputado para ofrecer una explicación exculpatoria⁷⁷ es desconocer de plano la naturaleza no sólo de este derecho, sino del moderno derecho procesal penal, que opta por ofrecer al sometido al proceso penal una serie de garantías que puede utilizar como mejor le convenga, en ese juego dialéctico ínsito en todo proceso. Al silencio o negativa a declarar no podrán atribuírseles consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, como expone Marcos González⁷⁸.

⁷⁶ Por todas, STS 849/2013, al afirmar rotundamente que no hay que olvidar que el silencio del procesado, no queriendo contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, puede y debe valorarse como indicio incriminatorio.

⁷⁷ Ya sea por la doctrina, por la jurisprudencia o por las propias partes interesadas en ello en el juicio oral.

⁷⁸ En consonancia con el art. 10 del PCPP. Vid., Marcos González, M^a. *El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo*. En la obra colectiva *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Coord. Chozas Alonso, J.M. Ed. Dykinson. Madrid, 2015, pág. 330 y ss., con cita de numerosa

Nieva Fenoll⁷⁹ se muestra igualmente crítico con la posibilidad de inferir consecuencias al legítimo ejercicio de este derecho. Valorar el silencio del investigado o encausado como un elemento en el que poder basar su culpabilidad supondría, según este autor, convertirle en un simple objeto del proceso penal, lo cual es contrario a nuestro sistema acusatorio. En este mismo sentido, Asencio Mellado⁸⁰ afirma que extraer cualquier dato de culpabilidad supondría hacer ineficaz un derecho que sólo puede ser ejercitado de este modo; es decir, mediante el propio silencio.

En definitiva, al silencio del acusado no se le debe dar valor alguno, pues no supone aceptación de los hechos ni puede ser interpretado en contra de la presunción de inocencia que le ampara⁸¹.

4. CONCLUSIONES

Como expone Lopez Barja De Quiroga, conceptualmente pueden diferenciarse el derecho a guardar silencio y el derecho a no incriminarse, pues éste último puede interpretarse en el sentido de que el acusado viene obligado a hablar, salvo en aquello que le incrimine, mientras que aquel derecho es de una mayor amplitud, pues implica que el silencio del acusado debe ser respetado. El que guarda silencio simplemente no dice nada y, de su silencio no cabe extraer conclusión alguna. Su pasividad ante la acusación, sólo supone que ejerce su derecho a no colaborar y, con ello, a dejar que sea la acusación la que despliegue sus pruebas⁸².

La elección del sometido al proceso penal de no responder a las preguntas que se le dirijan forma parte de su estrategia defensiva, de modo que el silencio no puede ni debe ser tomado como indicio de culpabilidad. Así lo ha reconocido el TS⁸³, al afirmar que “ciertamente no se puede compartir, sin más, la afirmación de que es un indicio de culpabilidad la decisión de la acusada de no responder a las preguntas de las acusaciones particulares y sí a las del resto de las partes. Quien ejercita su derecho a no declarar desde el amparo que le concede la presunción de inocencia está sencillamente ejercitando un derecho constitucional, sin que ello suponga, como dice la STS de 20 de julio de 2001, una valoración negativa

bibliografía. Así, V. Lozano Eiroa, M. *El derecho al silencio del imputado en el proceso penal*. Diario *La Ley*, nº 7925, 2012; Llorente Sánchez-Arjona, M., *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*. Valencia, 2014. De la Rosa Cortina, J.M., *Confesiones, declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*. Pamplona, 2012; Rebollo Vargas, R, y Tenorio Tagle, F., *Derecho Penal, Constitución y derechos*. Barcelona, 2013.; Matia Portilla, F.J., *¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del art. 10.2 CE*. Revista Española de Derecho Constitucional., nº 94, 2014; Díaz Pita, M^a P., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*. Valencia, 2006.; Del Olmo Del Olmo, J.A., *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*. Madrid, 1999. Sobre el derecho a guardar silencio y su interacción con el valor incriminatorio de la declaración de coimputados puede consultarse también la STC 111/2011, de 1 de julio y las SSTC 148/2009 y 149/2009, ambas de 15 de junio.

⁷⁹ Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 253 y ss.

⁸⁰ Asencio Mellado, J.M^a, *Derecho Procesal*. 7^a edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. pág. 80

⁸¹ Art. 24.2^o CE.

⁸² Lopez Barja de Quiroga, J. *Derechos procesales fundamentales*, ...op. cit., págs. 3 y 4.

⁸³ STS 1261/2006, de 20 de diciembre.

del ejercicio del derecho al silencio”⁸⁴. En una jurisprudencia minoritaria, el TS ha señalado⁸⁵ que no es valorable como indicio el ejercicio del derecho del acusado a no declarar en el plenario. “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”. De este modo, no sería posible colegir la participación criminal por la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia. El silencio del acusado no es un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más⁸⁶.

No debemos entender que quien declara y quien ejerce el derecho de guardar silencio se encuentra en posiciones diversas; por el contrario, de la misma manera que no es posible deducir del silencio del acusado nada en su contra, la falta de verosimilitud de su versión exculpatoria no aporta absolutamente nada a la prueba de los hechos. Éstos, en ambos casos, deben resultar probados independientemente de la verosimilitud de la coartada del acusado. Dicho en otras palabras, la falta de prueba de la coartada o su inverosimilitud no constituyen la prueba del hecho negado, ni tampoco un supuesto “contraindicio”, que pueda ser considerado junto con otros indicios positivos. No toda coartada inverosímil significa por sí misma que el hecho alegado por la acusación sea real: la mentira del que se defiende no es en modo alguno prueba de la verdad de la acusación. En la elaboración de las exculpaciones del acusado suelen intervenir complejas evaluaciones de sus perspectivas en el proceso y, frecuentemente, concepciones jurídicas erróneas. Si utilizáramos la falta de prueba o la inverosimilitud de las mismas como un elemento positivo de prueba respecto de los hechos que la acusación alega, se estaría reprimiendo procesalmente la elección (errónea) de una estrategia de defensa, algo equivalente a reducir este derecho fundamental exclusivamente a las defensas acertadas. Por el contrario, en la medida en la que en el ejercicio del derecho de defensa no es posible fundamentar consecuencias negativas para el acusado, tampoco es lícito inferir de la elección de defensas inidóneas elementos que sirvan para completar la prueba de la acusación. Incluso se podría entender contrario al art. 24 CE mantener al acusado durante el proceso bajo la presión de las consecuencias negativas que para él pueda tener una defensa inadecuada⁸⁷.

⁸⁴ Lamentablemente, a nuestro juicio, el TS acaba por afirmar nuevamente en esta sentencia que 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”.

⁸⁵ En sentencia 1736/2000, de 15 de noviembre.

⁸⁶ Según el TS, siguiendo esta misma sentencia, la relevancia de un posible silencio tiene naturaleza negativa, pues “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”.

⁸⁷ STS 861/98, de 22 de junio, voto particular. En este mismo sentido, la STS 1009/2003, de 8 de julio y la STC 174/1985. Según esta última, “la versión de los hechos ofrecida por el inculcado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero que ni aquél debe demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable”. Vid., asimismo, STC 229/1988, FJ 2.

No obstante, nuestros tribunales han sido más propensos a seguir la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha afirmado, en una jurisprudencia que nos parece criticable y dudosamente constitucional, que el silencio del acusado sí puede ser considerado como un indicio inculpatario, cuando ya exista una prueba objetiva de cargo, si bien el silencio por sí mismo no alcanza para dictar sentencia condenatoria. Entendemos que no debería ser posible una penalización por hacer uso de un derecho constitucionalmente consagrado que no deja de ser parte fundamental del derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia, valores y principios constitucionales que deben preservarse en todo proceso y, más aun, en el proceso penal.

Como afirma Velayos Martínez, “el silencio del sometido a un proceso penal debe ser entendido como una peculiar manera de defenderse”⁸⁸, como una expresión de este derecho de defensa, que quedaría vacuo si se le diera un alcance de indicio incriminador. En definitiva, hay que evitar que los límites establecidos por nuestra jurisprudencia y apoyados doctrinalmente vacíen de contenido el derecho constitucionalmente consagrado a no declarar, evitando que se provoque al mismo tiempo un “halo de desvalor en su ejercicio”⁸⁹, pero no sólo de este derecho, sino del concepto del juicio justo. En palabras de Morales, “si el silencio puede tener consecuencias negativas para el acusado, no se trataría ya del ejercicio de un derecho, sino de una trampa procesal”⁹⁰.

En definitiva, el derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación merecen ser consagrados como parte del derecho de defensa y no extraer la clásica conclusión de que *quien calla, otorga*, sino darle el auténtico significado de formar parte del núcleo del debido proceso que protege la presunción de inocencia también del que no desea responder, sin que de ello se puedan derivar consecuencias negativas, siquiera en forma de indicio, en su contra.

⁸⁸ Velayos Martínez, I. *El derecho del imputado al silencio*, op. cit., pág. 66.

⁸⁹ Morales, O., *El poder de las costumbres, ¿Réquiem por el derecho al silencio?* Actualidad Jurídica Uría Menéndez (on line), n° 36. Año 2014, pág. 54.

⁹⁰ Morales, O., *El poder de las costumbres...*, op. cit., pág. 54.