



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Derecho a no autoincriminarse.
Estudio jurisprudencial

Autora

Inés Gimeno Ferrer

Director

Javier López Sánchez

Facultad de Derecho
Año 2017

RESUMEN

El derecho a no autoincriminarse responde a un instrumento susceptible de ser empleado por el investigado o acusado en una causa penal, garantizando el derecho general de defensa en su vertiente pasiva. Se trata de un derecho fundamental, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española, sobre el que versa el presente trabajo, cuyas bases se sientan en el estudio jurisprudencial de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Mediante este derecho el investigado, detenido o acusado tiene la opción de permanecer en silencio, no prestar declaración y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que le sean formuladas, sin ser sometido a presión o coerción para la obtención de la prueba.

PALABRAS CLAVE

Derecho a guardar silencio, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la presunción de inocencia, derecho a un proceso equitativo, investigado, detenido, acusado, autoincriminación, Policía, garantías, declaración, instrucción, Juicio Oral, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The right against self-incrimination responds to an instrument capable of being used by the investigated or defendant in a criminal cause, guaranteeing the general right to defence in a passive way. It is a fundamental right, collected in the art. 24.2 of the Spanish Constitution, on which the current work is based, particularly through the jurisprudential study of resolutions of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and the Supreme Court. In accordance with this right, the investigated, detained or defendant has the option to remain silent, not to give a statement and not to answer any or some of the questions that are asked, without being subjected to pressure or coercion in order to obtain the evidence.

KEY WORDS

Right to remain silence, right not to incriminate oneself, right to the presumption of innocence, right to a fair trial, investigated, detained, defendant, police, guarantees, statement, initiation of legal proceedings, oral trial, European Court of Human Rights, Supreme Court, Constitutional Court.

SUMARIO

I. Introducción.....	5
II. Cuestiones generales del derecho a no autoincriminarse.....	7
III. El derecho a no autoincriminarse en los convenios internacionales y europeos de derechos humanos.....	9
1. Convenios internacionales.....	9
2. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	10
3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	11
4. Jurisprudencia del TEDH.....	12
IV. El derecho a no autoincriminarse en el ordenamiento jurídico español.....	17
1. Jurisprudencia TC.....	18
1.1 El derecho a no autoincriminarse como derecho instrumental genérico del derecho de defensa.....	18
1.2. Valoración de la prueba de confesión en fase de instrucción y contradicción en el plenario.....	19
1.3. Valoración de la declaración del coacusado en la fase de instrucción ante el MF no ratificada en Juicio Oral.....	21
1.4. Test de alcoholemia.....	21
1.5. Falsedad de las declaraciones de la Policía en procedimiento administrativo sancionador	
1.6. Utilización de pruebas biológicas sin el consentimiento del acusado.....	24
1.7. Conclusiones del TC.....	24
2. Jurisprudencia TS.....	27
2.1. Valor probatorio de las diligencias sumariales.....	27
2.2. Valor probatorio de las declaraciones realizadas ante la Policía.....	28
2.3. Valor probatorio de las manifestaciones espontáneas del detenido anteriores al interrogatorio.....	31
2.4. Valoración de diligencias sumariales, el testimonio del coacusado y contradicción de testigos.....	33

2.5. Conclusiones del TS.....	35
V. La doctrina del "test de explicación".....	34
1. Doctrina contraria al «test de la explicación».....	35
2. Directiva de la UE 2016/343.....	39
VI. Conclusiones.....	42
VII. Bibliografía.....	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

AG	Asamblea General
Art.	Artículo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
GIFA	Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFG	Trabajo de Fin de Grado
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase

I. INTRODUCCIÓN

La modalidad escogida para realizar el Trabajo de Fin de Grado corresponde a la de un estudio jurisprudencial, concretamente del derecho a no autoincriminarse. Aunque introduzco algunas cuestiones teóricas y doctrina de autores respecto a este controvertido derecho, la mayor parte del trabajo está basado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde mi punto de vista, es una excelente manera de analizar un derecho, pues mediante la jurisprudencia los Jueces y Magistrados se encargan de interpretar la ley, así como de motivar sus decisiones. Además, no siempre existe doctrina jurisprudencial unánime, pudiendo discrepar los Magistrados de una Sala mediante Voto Particular y así cada uno trasladar sus propias conclusiones, motivadas según su interpretación de la ley.

En principio, quería realizar el Trabajo de Fin de Grado de los derechos generales del detenido, pero al tratarse de un tema de gran diversidad y complejidad, el director del mismo, Sr. López Sánchez, me propuso centrarme en algún derecho en concreto, escogiendo el derecho a no autoincriminarse. Al contrario de lo que pensé en un principio, el contenido de este derecho es muy amplio, por lo que resulta imposible, por motivos de extensión, detenerme en todos los aspectos de la materia objeto de estudio –por ejemplo, en lo relativo a documentos inculpativos-.

Mi objetivo es tratar el tema desde la posición del investigado, acusado o detenido, con base en que toda persona tiene derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

El presente trabajo se ha llevado a cabo mediante el método inductivo principalmente, pues a partir de las sentencias de los distintos tribunales se extraen fundamentos que sirven para dotar de contenido a un derecho.

Respecto a la terminología para hacer referencia al derecho a no autoincriminarse, pueden emplearse diversos conceptos, como el «derecho a no declarar contra sí mismo» y el «derecho a no confesarse culpable», expresamente regulados en la Constitución Española; «derecho a guardar silencio» recogido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, LECrim.); «derecho a no inculparse»¹, utilizado por algunos autores o incluso por los propios tribunales españoles, etc. Aunque

¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *El derecho a no inculparse*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

existan diferentes términos, se trata de pequeños matices que engloban un mismo concepto: el de permanecer en silencio cuando esa sea la voluntad del investigado o acusado, pudiendo no contestar a todas o algunas de las preguntas que se le formulen.

Por otro lado, ante las dudas que puede suscitar el empleo de los conceptos de «demandado» o «demandante», propiamente inherentes a la jurisdicción civil española, debe señalarse que también se utilizan en la jurisprudencia relativa a la jurisdicción penal del TEDH y en la del TC, como demandante de amparo. Así, yo también los emplearé para explicar el contenido de algunas sentencias en materia penal.

En cuanto a la metodología seguida, comenzaré introduciendo las nociones básicas del derecho a no autoincriminarse y posteriormente analizaré los textos legales internacionales y de la Unión Europea en los que se incluye, así como la jurisprudencia relativa a este último ámbito. Seguidamente, explicaré la aplicación del derecho objeto de estudio en el ordenamiento jurídico español, principalmente a través de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y desarrollaré la jurisprudencia que nuestros tribunales han creado. Por último, me detendré en la «doctrina del test de la explicación» que normalmente han defendido nuestros tribunales y el TEDH, pero que algunos autores critican por no ser conforme a nuestra legislación nacional y a una reciente Directiva europea y, por tanto, trataré de dilucidar si tal doctrina es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

II. CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

El derecho a no autoincriminarse es un derecho fundamental reconocido al acusado o investigado en el proceso penal durante la etapa de la primera declaración policial, si la hubiese, hasta el interrogatorio en el acto del juicio oral. Además, este derecho se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la presunción de inocencia, y se mantiene mientras no exista prueba de cargo.

Actualmente, el derecho a no autoincriminarse rige plenamente desde la adopción de la LECrim., pues en el antiguo sistema penal el acusado estaba obligado a decir la verdad y además a colaborar con el descubrimiento de los hechos investigados, aunque tuviera que declarar contra sí mismo y confesarse autor de los delitos.

El gran cambio se produce cuando se promulga la Constitución española de 1978, cuyo artículo 24.2 reza lo siguiente: «todos tienen derecho [(...)] a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Asimismo, estos derechos se encuentran vigentes en la LECrim. (art. 118.1.g y h), tras la derogación del artículo 387², que podía inducir a confusión, pues suprimía el juramento que debía prestarse antaño, pero mantenía el deber de decir la verdad y contestar conforme a ella.

En virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el investigado no tiene la obligación de decir la verdad, pudiendo callar total o parcialmente e incluso mentir, sin poder extraerse consecuencias negativas de la aplicación de esos derechos. Sin embargo, no puede inferirse de tales afirmaciones la existencia de un derecho fundamental a mentir ni que los derechos objeto de estudio sean absolutos, de tal forma que garanticen la impunidad a pesar de las manifestaciones declaradas en el proceso.

Según la legislación vigente, tanto nacional como internacional, el hecho de que una persona guarde silencio no puede resultarle perjudicial, pues no existe la posibilidad de la *ficta confessio* en el proceso penal español, aunque en determinadas ocasiones que analizaremos en la jurisprudencia, los tribunales entran a valorar el silencio, exigiendo una explicación del acusado cuando sea estrictamente necesario y exista una prueba de cargo suficiente para enervar su presunción de inocencia. Así, el derecho objeto de

² «No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas».

estudio resulta íntimamente ligado al derecho a la presunción de inocencia, mientras no quede desvirtuado por una prueba de cargo suficiente que lo incrimine.

De esta manera, estos derechos protegen al investigado o acusado frente a una posible presión inapropiada emanada de las autoridades, constituyendo una función del derecho a no autoincriminarse que la acusación logre la imputación del acusado sin haber obtenido la prueba mediante coerción o presión contra la voluntad de este último.

III. EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS DE DERECHOS HUMANOS

1. CONVENIOS INTERNACIONALES

El derecho a la autoincriminación –en sus distintas acepciones- ha sido reconocido por diversas normas internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En relación con el derecho a no autoincriminarse, la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948 en París, recoge la presunción de inocencia, concretamente en su art. 11³. Aunque el derecho a no autoincriminarse no está recogido expresamente en la Declaración, puede considerarse entrañado en esta presunción de inocencia con la que tanta relación guarda, tal y como se ha reconocido con en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), cuyo propósito es garantizar el cumplimiento de alguno de los derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable está recogido en el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 **del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (en lo sucesivo, Pacto)⁴, adoptado por la Asamblea General (AG) de (ONU) en 1966 y en vigor desde 1976, lo cual indica que este derecho viene siendo reconocido desde hace décadas.

Además, este párrafo 3 reconoce una serie de derechos, aparte del que está siendo objeto de estudio, conectados con aquellos reconocidos en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim. en adelante), entre ellos el derecho a comunicarse con un abogado de su propia elección y el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete.

³ «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio publico en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

⁴ «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [(...)] g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

Por otra parte, la **Corte Penal Internacional** (CPI) en el artículo 55 de su Estatuto garantiza el derecho a guardar silencio, sin que pueda tenerse en cuenta a la hora de señalar a alguien culpable o inocente (art. 55.2.b), y el derecho a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable (art. 55.1.a).

2. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, o lo que es lo mismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado por los Estados miembros del Consejo de Europa en Roma en 1950 y firmado por España en Estrasburgo en 1977. Todos los Estados Miembros de la Unión Europea han firmado el CEDH y consecuentemente están sometidos a él, sin embargo, la UE no es parte del Convenio.

El art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵ reconoce en su apartado 1 el derecho a un proceso equitativo y en el apartado 2 el principio de presunción de inocencia. Como el TEDH reconoció en el asunto Saunders⁶, explicado posteriormente, *«aunque el artículo 6 del Convenio no lo menciona expresamente, el derecho a guardar silencio y –uno de sus componentes– el derecho a no declarar contra sí mismo son normas internacionales generalmente reconocidas que se encuentran dentro de la noción de proceso justo consagrada por dicho artículo»*.

⁵ «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

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

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

⁶ Vid. Sentencia Saunders c. Reino Unido.

Por tanto, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), tanto el derecho a guardar silencio como el derecho a la no autoincriminación son reconocidos a nivel internacional y mantienen su pilar en el derecho a un proceso equitativo. Además, el mismo sostiene que nunca han de valorarse ninguno de los dos derechos para usarlos en juicio en su contra.

Aunque el TEDH ha admitido en determinadas ocasiones la protección absoluta del derecho a guardar silencio, existen circunstancias en las que la respuesta del acusado es necesaria para construir la teoría del Ministerio Fiscal y el Juez deberá tenerla en cuenta. En esos casos en que haya conflicto para dilucidar si el derecho a guardar silencio es absoluto o no, se debe examinar el caso en concreto para establecer los límites de ese derecho.

3. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene sus orígenes en la inseguridad jurídica que suponía la carencia de plasmación de derechos humanos en la legislación del Derecho de la Unión Europea, pues no estaban incluidos en los Tratados originarios y se iban reconociendo caso a caso según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Como la UE no podía adherirse al CEDH, pues según el Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996 (2/94) esta acción carecía de base legal⁷, la UE elaboró un catálogo de derechos fundamentales -la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- en el año 2000, confiriéndosele el mismo nivel jerárquico que los Tratados originarios con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) y surtiendo efectos vinculantes, por ende, en España.

Firmada en Niza en el año 2002 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en el apartado 1 de su art. 48 el derecho a la presunción de inocencia del acusado y garantiza el respeto de los derechos de la defensa al acusado en el apartado 2.

De conformidad con el art. 52 de la Carta, al estar reconocidos estos derechos en el CEDH, tendrán el mismo alcance y sentido que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Derecho de la Unión Europea puede dotarlos de una

⁷ El TJUE señalaba que los derechos fundamentales solo podían ser protegidos por la UE de manera indirecta -la obligatoriedad de la UE de no violar estos derechos en el ejercicio de sus competencias-.

protección más extensa, por lo que me remito al reconocimiento del derecho a la no autoincriminación que el TEDH ha catalogado dentro del derecho a un proceso justo e incluso del derecho a la presunción de inocencia.

4. JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Analizados los anteriores conceptos, en este apartado se abarcará parte de la jurisprudencia que a mi parecer ha marcado más las líneas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En mi opinión, las características más relevantes respecto al derecho a no autoincriminarse en el ámbito de la UE se encuentran en la Doctrina Murray, a la que tanto se adhieren los Tribunales españoles y por la que comenzaré a desarrollar la jurisprudencia del TEDH.

4.1. John Murray c. Reino Unido (STEDH 8 de febrero de 1996 [TEDH 1996, 7])

El demandante ante el TEDH, detenido por las autoridades policiales por pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (I.R.A.), conspiración de asesinato y detención ilegal, es advertido de lo siguiente: *«Tiene derecho a no decir nada a menos que desee hacerlo, pero se le advierte que si se abstiene de mencionar cualquier hecho en el que Ud. pueda basar su defensa ante los Tribunales, tal omisión podrá ser considerada ante los Tribunales como fundamento de cualquier prueba relevante en su contra. Si desea manifestar algo, todo lo que diga constituye material probatorio».*

El demandante se niega a contestar al motivo por el que se encontraba en la casa donde fue detenido, acción que repite (negarse a contestar) durante diez interrogatorios. El órgano enjuiciador dicta resolución condenatoria, por lo que el demandante alega la vulneración de los párrafos 1 y 2 del art. 6 del CEDH, concretamente del derecho a guardar silencio y a no incriminarse a sí mismo y del derecho a la presunción de inocencia. Según el demandante, el Tribunal británico aduce consecuencias negativas de su permanencia en silencio, pues unas simples deducciones son determinantes para condenarle culpable, enervando la presunción de inocencia y, consecuentemente, invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH confirma que tanto el derecho a guardar silencio como el de no declarar contra sí mismo son intrínsecos al derecho a un proceso justo, y que el silencio en sí

mismo no puede considerarse como un indicio de culpabilidad. Sin embargo, señala que no son siempre absolutos, pues el silencio del acusado puede connotar consecuencias en el momento de evaluar las pruebas existentes contra él en el juicio. Así, es primordial analizar cada caso en particular, estudiando si la prueba propuesta por la parte acusadora es concluyente para exigir una respuesta.

Como conclusión, el Tribunal nacional no puede sostener la culpabilidad del acusado en su acogida a la opción de guardar silencio. De esta manera, solo puede condenársele cuando la prueba es tan evidente que obligue al acusado a dar una explicación y, ante la omisión de ésta, se puede concluir que el sujeto es culpable, tratándose de una «materia de sentido común», y siempre bajo la premisa de una prueba aportada por la acusación.

Volviendo al caso Murray, el TEDH considera que se trata *«de un sistema formalizado que apunta a permitir que razonamientos de sentido común jueguen un papel notable en la valoración de la prueba»* y que no se ha vulnerado el art. 6 CEDH, pues la prueba que alega la acusación tiene gran consistencia. Por tanto, el Juez expone conclusiones de peso contra el acusado, al no explicar éste su presencia en la casa en el momento del arresto y en el interrogatorio por la Policía; así como al no declarar en su propia defensa cuando el Tribunal le instó a ello.

4.2. Caso Funke c. Francia (STEDH 25 de febrero de 1993 [TEDH 1993, 7])

El Sr. Funke, representante de ventas alemán que residía en Francia, es interceptado por las autoridades aduaneras francesas y un policía judicial en su casa, quienes le requieren información sobre sus bienes en el extranjero. Al negarse a darles tal información, es sancionado con una multa que iría aumentando cada día hasta que el Sr. Funke cumpliera su orden de cooperación, motivo por el cual éste presenta una demanda ante el TEDH en base a la vulneración del art. 6 CEDH.

Mientras que el demandante sostiene que una condena por negarse a entregar los documentos requeridos por el servicio de aduanas es contraria al derecho a no declarar contra sí mismo, el Estado francés alega la obligación regulada en las leyes francesas de que los contribuyentes conserven aquellos documentos relativos a sus ingresos y propiedades y que la Administración tiene el derecho a inspeccionar sin que ello suponga la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo.

El Gobierno francés justifica que el Sr. Funke no es requerido para confesar un delito o aportar prueba en su contra, sino que se le requiere para dar detalles de la

prueba ya hallada por los inspectores (cheques y certificaciones bancarias encontradas durante el registro domiciliario). Considera que la obligación de presentar certificaciones bancarias es una medida de supervisión del Estado y que la imposición de multas es consecuencia del daño causado, pues la responsabilidad debe recaer en aquella persona que rehúsa cooperar con las autoridades; y por tanto, no vulneran el art. 6 del CEDH.

Sin embargo, el TEDH sí considera que se ha vulnerado el art. 6 CEDH, en base a que las autoridades tratan de obligar al demandante a que presente pruebas en contra de sí mismo. El principio de presunción de inocencia exige que la parte acusadora sostenga la prueba de cargo y no así la parte acusada. Así, que la obtención de pruebas recabe cierta dificultad no puede ser motivo para justificar la vulneración de un derecho fundamental y menos si se pueden obtener sin la cooperación del acusado.

4.3. Caso Saunders c. Reino Unido (STEDH 17 diciembre 1996 [TEDH 1996, 7])

El demandante, el Sr. Saunders, es Director de Guinness, empresa que se disputa el control de una tercera, -Dystiller's Company- compitiendo con otra, -Argyll Group-, adquiriéndola finalmente Guinness. La pugna por el control de Dystiller's se basa en la oferta de acciones de las dos empresas, -Guinness y Argyll-, a los propietarios de Dystiller's, siendo determinante el precio al que éstas cotizan en bolsa. El triunfo de Guinness es debido al incremento espectacular del precio de las acciones de la empresa, que sin embargo se reduce tras el cierre de la operación. Guinness lleva a cabo un procedimiento ilegal mediante la venta de sus acciones a personas con las que se compromete en secreto a indemnizar, en caso de sufrir alguna pérdida, y a beneficiar con grandes sumas, en caso de éxito de la operación.

Tras iniciarse una investigación penal, el Sr. Saunders alega no tener conocimiento de las operaciones ilícitas y, aunque la carta de uno de los coacusados le involucra, él afirma repetidamente no haber concertado ninguna entrevista con el coacusado. Por consiguiente, el Sr. Saunders es condenado a cinco años de prisión por varios delitos de estafa, contabilidad falsa y concierto para alterar los precios del mercado.

El Sr. Saunders invoca la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo en base a que el Ministerio de Comercio e Industria obtiene de él ciertas manifestaciones utilizadas como prueba para condenarle y que el uso de transcripciones

de las entrevistas es ilegal. Además, en juicio es sometido a preguntas sobre las contradicciones entre lo afirmado en juicio y en aquellas entrevistas.

El Gobierno británico asegura que ninguna respuesta del demandante es inculpatoria y que solo éstas recaían en el derecho a no declarar contra sí mismo. Asimismo afirma que un acusado no puede ser obligado a declarar como testigo en su propio juicio, pero el derecho a no declarar contra sí mismo no es absoluto pues se admite en ocasiones el uso de declaraciones realizadas en las investigaciones de fraudes mercantiles o financieros.

Por su lado, el TEDH entiende que la denuncia hace referencia al uso de las declaraciones hechas ante los inspectores en el proceso penal contra él. Como afirmó este Tribunal en la sentencia Funke previamente estudiada, aunque no se recoja expresamente en el CEDH, el derecho a guardar silencio respecto de las preguntas de la Policía y a no declarar contra sí mismo se reconocen, al amparo del art. 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo), como principios internacionales.

El Gobierno británico admite que el demandante declaró bajo presión legal, ya que según la Ley de Sociedades del Estado estaba obligado a contestar a las preguntas requeridas, de las cuales la mayoría fueron utilizadas como prueba. El gobierno fundamenta que las respuestas son exculpatorias y ninguna autoincriminatoria (únicas relativas al derecho a no declarar contra sí mismo). Sin embargo, el TEDH rechaza esta afirmación, pues algunas respuestas son incriminatorias en el sentido de que el demandante admite el conocimiento de información que le incrimina. El derecho a no declarar contra sí mismo no puede limitarse a manifestaciones de admisión de actuación ilegal u observaciones directamente incriminatorias, pues la acusación puede utilizar posteriormente testimonios obtenidos bajo compulsión aparentemente no incriminatorios, como alegaciones exculpatorias, por ejemplo, contradiciendo o presentando dudas acerca de otras manifestaciones del acusado.

Respecto a las transcripciones de las entrevistas del demandante, las declaraciones hechas en las mismas constan como confesión según el Tribunal británico como parte significativa de la prueba de cargo. El TEDH llega a la conclusión de que las transcripciones se usaron con el fin de incriminar al demandante, independientemente de que fueran incriminatorias o no.

El TEDH niega la posibilidad de excepción de uno de los principios del juicio justo que pretendía el gobierno británico debido a la complejidad de los fraudes societarios, al interés público y al castigo de los culpables; puesto que el art. 6 del

CEDH se aplica a todos los procedimientos penales y el interés público no puede usarse para obtener respuestas bajo compulsión en investigación no judicial para incriminar al acusado. Además, según la legislación, las declaraciones obtenidas bajo compulsión no pueden ser objeto de prueba en el siguiente juicio del afectado. Sin embargo, las declaraciones del demandante hechas como acusado pueden acarrear la infracción del derecho a no declarar contra sí mismo si se usan posteriormente en otros procedimientos penales.

Como consecuencia, el TEDH alega vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, ya que los preceptos legales amparados en las leyes británicas no constituían motivo suficiente para que las declaraciones obtenidas por los inspectores se utilizaran en el procedimiento penal posterior.

4.4. Conclusiones de la Jurisprudencia del TEDH

Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, contenidos tácitamente en el art. 6 del CEDH bajo el concepto del derecho a un proceso equitativo –corroborado por el TEDH–, pueden ejercitarse desde que el investigado se ve envuelto en el proceso sin necesidad de acusación formal previa. Sin embargo, no son absolutos y se pueden derivar consecuencias negativas cuando se exija una explicación y el acusado se niegue a darla.

A través de su aplicación, se trata de que las autoridades no obtengan pruebas por medio de la coerción o presión contra la voluntad del investigado, por lo que el silencio no puede convertirse en fuente de prueba incriminatoria, por muy difícil que resulte obtener una prueba directa. Además, de conformidad con la presunción de inocencia, la acusación debe sostener la carga de la prueba y no el acusado.

Si bien el silencio o las contradicciones del acusado no pueden convertirse en causa exclusiva de culpabilidad, ello no implica que no puedan tenerse en cuenta como refuerzo para avalar otros medios de prueba de las acusaciones. En otras palabras, el silencio en sí mismo no puede tener consecuencias negativas, pero el acusado puede ser condenado cuando de las pruebas de cargo se exija una explicación y ante su omisión pueden valorarse como un indicio de carácter complementario de su culpabilidad.

En resumen, el silencio no es prueba de su culpabilidad y debe ser corroborada por otros medios probatorios, es decir, la concurrencia de hechos o indicios externos.

IV. EL DERECHO A NO A AUTOINCRIMINARSE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo se encuentra recogido en la Constitución española como derecho fundamental. El apartado 1 del art. 24 de la Constitución regula el derecho a la tutela judicial efectiva, al que todos los individuos tienen derecho sin poder producirse indefensión y, concretamente, su apartado 2 recoge el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como la presunción de inocencia⁸.

Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce el derecho a no autoincriminarse a una persona a la que se atribuya un hecho punible en las letras g) y h) del apartado 1 del art. 118⁹. Por otra parte, el art. 520 de la LECrim. regula específicamente este derecho en el caso del detenido o preso en las letras a) y b) del apartado 2.¹⁰

Según BACIGALUPO ZAPATER¹¹, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* es de gran relevancia en la instrucción, garantizado por el citado precepto constitucional, al reconocer el derecho a no declarar contra sí mismo, que puede definirse como el derecho del investigado a negar la colaboración con la acusación, acto del cual no se puede derivar perjuicio alguno para él mismo, en conexión con el respeto a la dignidad de la persona siempre presente en un Estado de Derecho.

⁸ Art. 24 Constitución Española: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

⁹ Art. 118.1 LECrim.: «Toda persona a quien se 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 siguientes derechos:

(...) g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».

¹⁰ Art. 520.2 LECrim.: «Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho 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.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002, pág.181.

Estos derechos constituyen una manifestación pasiva de la defensa del investigado a través del silencio, intrínsecamente ligado a la presunción de inocencia y a la prueba de cargo por parte de la acusación.

1. JURISPRUDENCIA DEL TC

Una vez explicadas las características generales del derecho a no autoincriminarse y su redacción en las leyes nacionales, así como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, analizaremos las resoluciones del Tribunal Constitucional como intérprete de la ley suprema de nuestro ordenamiento jurídico. He de anticipar que el TC se adhiere en la mayoría de sus sentencias a las resoluciones del TEDH, entre ellas destaco las siguientes, según temática:

1.1 El derecho a no autoincriminarse como derecho instrumental genérico del derecho de defensa

Al contrario de lo que sucede en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Constitución Española sí menciona expresamente en su art. 24.2 el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, vinculados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre [RTC 1997/161]).

Como recoge el TC en diferentes sentencias, entre ellas las SSTC 197/1995, de 21 de diciembre (RTC 1995/197) y 127/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/127), los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables «son garantías o derechos instrumentales del genérico 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 constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable».

1.2. Valoración de la prueba de confesión en fase de instrucción y contradicción en el plenario

En la STC 151/2013, de 9 de octubre (RTC 2013/151) el demandante de amparo es condenado a un delito de asesinato juzgado ante Tribunal del Jurado, habiendo prestado en el momento de su detención declaración ante la Policía, que a su vez ratifica ante el Juez de Instrucción, reconociéndose autor de los hechos.

El demandante alega vulneración de la presunción de inocencia basada en el valor probatorio otorgado a la declaración policial, pues es introducida durante el interrogatorio en el Juicio Oral y con su testimonio. Según el demandante, carece de valor probatorio en virtud del art. 46.5 LOTJ¹², motivo que han rechazado los tribunales en cada instancia, aunque el TS tipificó el delito de homicidio. Así, el TC se dirige a determinar si la interpretación del TS del art. 46.5 LOTJ respecto al valor de la declaración autoincriminatoria del acusado en fase de instrucción como prueba de cargo vulnera los derechos a guardar silencio y no declararse culpable, así como el derecho a la presunción de inocencia (art 24, apartados 1 y 2, CE). Sin embargo, el TC no enjuicia los dos primeros derechos por no entrañar un desarrollo argumentativo suficiente y no corresponderle de oficio reconstruir las demandas de amparo.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el testimonio de las declaraciones sumariales fue aportado por la acusación (carga de la prueba). Como ya resaltaba la STC 41/1991, de 25 de febrero (RTC 1991/41), «no admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente». El TC concluye que las sentencias impugnadas no vulneran el derecho a la presunción de inocencia y apoya el valor de la declaración prestada ante el Juez de Instrucción como prueba de cargo. El art. 46.5 permite interrogar al acusado acerca de las contradicciones resultadas del Juicio Oral y de aquello manifestado en fase de instrucción y ordena, aunque sin dar lectura, incorporar el testimonio de la declaración al acta. Sostiene el TC que, aunque el art. 46.5 recoja que las declaraciones de instrucción no son por sí solas suficientes para enervar la presunción de inocencia, no contradice lo dispuesto anteriormente. De manera que este valor probatorio de las

¹² Art. 46.5 LOTJ: «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».

declaraciones sumariales es conforme a la doctrina del TC, siempre que se practique con las formalidades legales y garantice unas condiciones adecuadas en el plenario para la defensa del acusado y su sometimiento a contradicción.

Además, sobre las bases de la STC 2/2000, de 14 de enero, (RTC 2000/2) el art. 46.5 garantiza los principios constitucionales de publicidad, inmediación y contradicción de la prueba mediante el interrogatorio del acusado acerca de las contradicciones declaradas en Juicio Oral y en fase de instrucción y mediante el testimonio de la declaración sumarial que se entrega al Tribunal del Jurado. Además, se deduce que el tipo de procedimiento procesal –abreviado, sumario o ante el Tribunal del Jurado- es irrelevante a efectos del acervo probatorio. Asimismo, el TC declaró la confesión como prueba válida, afirmando que «la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados –actualmente investigados-, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida» (STC 136/2006, de 8 de mayo [RTC 2006/136]).

Por último, las «declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados» (inciso final del art. 46.5 LOTJ), pues «las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim.) y no constituyen en sí mismas prueba de cargo» (STC 137/1988, de 7 de julio [RTC 1988/137]). De la legislación nacional, como también observa el TS, solo pueden considerarse pruebas de cargo aquellas practicadas en el Juicio Oral y, excepcionalmente, las preconstituidas o anticipadas practicadas en fase sumarial por el Juez de instrucción¹³.

¹³ Art. 777.2 LECrim.: «Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes».

1.3. Valoración de la declaración del coacusado en la fase de instrucción ante el MF no ratificada en Juicio Oral

STC 30/2005 de 14 de febrero (RTC 2005/30)

El TC estima el recurso de amparo interpuesto por el recurrente, menor de edad, indicando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En las sentencias de las precedentes instancias, los tribunales basan la condena del menor por un delito de robo con intimidación en una única prueba de cargo, el testimonio de un coacusado ante el MF, sin ser ratificado posteriormente ante el Juez de menores en instrucción.

Por un lado, la Audiencia Provincial sostiene que aunque el otro coacusado se niegue a declarar en instrucción, ello no conlleva la invalidez del testimonio prestado ante el MF, sino que el Juez de menores, como en los casos –señala- en que el coacusado contradice en el acto del juicio las manifestaciones anteriores, puede valorar el testimonio en relación con el silencio posterior para obtener su convicción.

Por otro lado, el TC señala que la valoración de declaración del coacusado para enervar la presunción de inocencia es legítima dado su carácter testimonial, pero no supone consistencia plena como prueba de cargo cuando es única y no está mínimamente corroborada por otras pruebas. Asimismo, el Alto Tribunal califica la declaración de un coacusado como prueba «sospechosa», pues éste no tiene la obligación de decir la verdad, pudiendo callar total o parcialmente, de conformidad con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

1.4. Test de alcoholemia

En la STC 161/1997, de 2 de octubre (RTC 1997/161), la cuestión de inconstitucionalidad presentada versa acerca de los arts. 379 y 380 del Código Penal (CP), relativos a delitos de tráfico, por la posible contradicción con diversos preceptos constitucionales, entre ellos, el art. 24.2. El art. 380, modificado por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de Noviembre, rezaba lo siguiente: «el conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código».

El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad, habiéndose pronunciado previamente en otras sentencias análogas y dictaminando que el deber de someterse a un control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues el ex art. 380 de la LECrim. no obliga al

detenido a declarar admitiendo su culpabilidad, sino que se limita a someterle a una pericia (STC 103/1985 [RTC 1985/103]). El sometimiento del afectado a este tipo de prueba no es ilegítimo desde el punto de vista constitucional, pudiendo ser sometido asimismo sin haber cometido ninguna infracción en relación con los controles preventivos y de acuerdo con las normas de policía.

No existe un derecho a no someterse a este tipo de pruebas (espiración de aire, extracción de sangre, análisis de orina o examen médico), pero sí la obligación de soportarlas, ya que el afectado debe identificar al responsable de la infracción. Además, el sometimiento a estas pericias no puede considerarse como obligación de autoincriminarse, ya que el sujeto no emite una declaración admitiendo su culpabilidad.

Como se ha explicado anteriormente, el derecho a guardar silencio es una opción defensiva del investigado o acusado. Ya en la STC 197/1995 (RTC 1995/197), este Tribunal disponía que en el antiguo proceso penal inquisitivo el investigado era considerado el objeto del proceso, siendo el objetivo obtener su confesión mediante su declaración, mientras que en la actualidad es considerado sujeto del mismo (parte procesal), a la vez que la declaración constituye un medio de prueba a la que puede acogerse como manifestación de defensa.

De esta manera, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen una garantía del derecho de defensa constitucional, ejerciéndose sobre la inactividad del individuo sobre el que puede recaer una imputación y teniendo la opción de defenderse de la forma que él estime más adecuada. Así, el sujeto nunca puede ser forzado, bajo constricción o compulsión, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (STC 197/1995 [RTC 1995/197]).

Por otro lado, los derechos alegados en la cuestión de inconstitucionalidad hacen referencia también a la presunción de inocencia, pues corresponde a la acusación mantener el cargo de la prueba, correspondiendo en este caso al Estado demostrarla en su ejercicio del *ius puniendi*. Precisamente, en el ordenamiento jurídico español rige la prohibición de compulsión a aportar por parte del investigado elementos de prueba de valor incriminatorio hacia sí mismo. Sin embargo, tal garantía no vincula el derecho de presunción de inocencia a la práctica de diligencias de prevención, de indagación o de prueba propuestas por la acusación o las autoridades judiciales o administrativas, pues la garantía de autoincriminación hace referencia exclusivamente a las contribuciones de carácter directamente incriminatorio. Por el contrario, los poderes públicos no podrían desempeñar sus funciones legítimamente atribuidas, se dañarían las garantías de una

tutela judicial efectiva y no se podrían utilizar diligencias como la identificación y reconocimiento de un investigado, la entrada en registro en un domicilio, intervenciones telefónicas, etc.

Debido a la peligrosidad que entraña la conducción de vehículos a motor para la vida y la integridad física, los poderes públicos deben condicionar el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos el sometimiento a controles preventivos. Así, el antiguo art. 380 CP tiende a garantizar las normas de policía de seguridad de tráfico, incluidas las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes. Por tanto, la obligación de sometimiento a ellas no supone la autoincriminación del individuo respecto a un delito contra la seguridad del tráfico, sino que supone un delito de desobediencia (art. 556 CP).

1.5. Falsedad de las declaraciones de la Policía en procedimiento administrativo sancionador

En la STC 142/2009 de 15 de junio (RTC 2009/142), un ciudadano interpone denuncia contra dos agentes de la Policía Local alegando abuso de autoridad, intimidación, amenazas y arbitrariedad de la imposición de dos multas, quienes comparecen ante el Juez de Instrucción. Éste señala que los agentes faltaron a la verdad en su comparecencia, suponiendo aquello un atentado a la dignidad del funcionario y la incoación de un expediente disciplinario: niegan los hechos denunciados por el ciudadano y afirman que añadirían los recursos interpuestos por el mismo para demostrar que el relato de los hechos era distinto al de la denuncia, lo que resultó ser falso.

En primer lugar, se trata de un procedimiento administrativo sancionador, al cual no se le pueden trasladar las garantías del proceso penal sin ningún matiz. No obstante, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981/18), el TC afirma que «al ejercicio de las potestades sancionadoras de la Administración le son de aplicación las garantías procedimentales previstas en el art. 24.2 CE, si bien no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE».

Al tratarse de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tienen una posición jurídica distinta a la de los demás ciudadanos, reteniendo deberes especiales con la Administración y debiendo prestar mayor rigor en las manifestaciones realizadas en el

ejercicio de sus cargos, incluso en la investigación de hechos de los que pueden derivarse responsabilidades administrativas.

Sin embargo, su posición jurídica no priva a los agentes del derecho a no autoincriminarse, pero éste sí se puede modular: limitándolo, de acuerdo con la Constitución, cuando sea necesario para el cumplimiento de la función derivada de esa situación especial. Asimismo, la condición de policías locales de los demandantes supone una limitación a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Así, los citados derechos no incluyen la cobertura de manifestaciones – demostradas- falsas de funcionarios en un expediente de información reservada que implican la imputación de una denuncia falsa a un ciudadano que fue sancionado previamente por los agentes, advirtiendo las posibles consecuencias que podrían generarse para el ciudadano.

Como conclusión, la conducta por la que los agentes de la Policía Local fueron sancionados no responde al ejercicio del derecho a no autoincriminarse, sino a una extralimitación a su ejercicio en base a las modulaciones mencionadas. Así, el TC deniega el recurso de amparo interpuesto por los agentes, no considerando la imposición de sanciones derivadas de la falsedad de las declaraciones del expediente informativo como vulneración del derecho a no autoincriminarse.

1.6. Utilización de pruebas biológicas sin el consentimiento del acusado.

La STC 199/2013 de 5 de diciembre (RTC 2013/199) expone que el demandante de amparo alega vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo en relación con la extracción de una muestra de saliva sin su consentimiento mientras está detenido. Sin embargo, el TC señala que no se lesionó tal derecho, pues la acción de escupir fue realizada libremente por el demandante al abandonar la celda, no resultando por ende del empleo de fuerza física o moral sobre él ni del engaño ni viéndose forzado a ello por las condiciones de la detención, siendo recogida la saliva posteriormente por un funcionario de Policía. Además, según el TC el extracto de saliva obtenido por el policía sí puede considerarse prueba basándose solamente en la declaración de un testigo (la del policía), al contrario de lo que alegaba el demandante, y resultando suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Por otra parte, el TC ha reiterado en diversas ocasiones, por ejemplo en el FJ 22 de la STC 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011/126), que «el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio,

vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término».

Por otro lado, en la STC 23/2014, de 23 de febrero (RTC 2014/23) los demandantes de amparo alegan vulneración del derecho a no autoincriminarse por la obtención de una muestra biológica a través de unas colillas arrojadas en la vía pública sin su conocimiento ni autorización.

En primer lugar, el derecho fundamental objeto de estudio exige que se haya realizado una declaración por parte de los demandantes, siendo en este caso inexistente, tratándose simplemente de una acción consistente en arrojar una colilla. En todo caso, esa acción no se obtuvo del uso de *vis* física o moral.

Por tanto, la libertad con que actuaron los demandantes al tirar la colilla en espacio público elimina la posible vulneración al derecho a no autoincriminarse.

Además, si se sostuviera un «derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva» y podría extender este derecho a la no contribución a actividades de cualquier contenido o aludir a la calificación de estos actos como inculpativos por parte de las persona a las que se solicita la contribución.

1.7. Conclusiones de la jurisprudencia del TC

Como resultado de la armonización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), se puede concluir que el derecho a no autoincriminarse se incluye dentro del derecho de defensa y a su vez está vinculado al derecho a la presunción de inocencia, ya que corresponde a la acusación la carga de la prueba, por lo que el derecho a no declarar no puede implicar una inversión de la carga de la prueba.

Respecto al derecho a no inculparse, hay que distinguir entre las situaciones concernientes a la no declaración y aquellas en las que el acusado es sometido a algunas pruebas.

En cuanto a la confesión del investigado, el TC reconoce desde antaño que tiene validez y es apta como prueba de cargo cuando se trata de una actuación libre y voluntaria y, por tanto, podría enervar la presunción de inocencia habiéndose comprobado el respeto a las garantías del investigado.

2. JURISPRUDENCIA DEL TS

Analizada ya la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estudiaremos las sentencias emanadas del Alto Tribunal en diversas materias, incidiendo especialmente en el valor probatorio de las diligencias sumariales, las declaradas ante la Policía y aquellas declaraciones surgidas espontáneamente del acusado antes del interrogatorio.

2.1. Valor probatorio de las diligencias sumariales

La STS 245/2012 de 27 marzo de 2012 (ARANZADI RJ 2012/4649) condena a dos reos por un concurso ideal de delito de tenencia de explosivos de carácter terrorista y un delito continuado de daños de carácter territorial. Ambos alegan la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, aduciendo que se dicta sentencia condenatoria contra Arturo sin existir pruebas válidas con contenido de cargo: la declaración de José, ratificando las manifestaciones prestadas en Comisaría ante el Juez de instrucción, sin tener en cuenta las denuncias de malos tratos a los que se había expuesto José.

Como la STS 783/2007 de 1 de octubre de 2007 (ARANZADI RJ 2008/1557) ratifica, solo puede considerarse la confesión del hecho delictivo por el autor como prueba cuando ha sido prestada «libre y voluntariamente». El derecho a no autoincriminarse presupone la obtención de pruebas sin métodos coercitivos o de presión en contra del acusado, estrechamente ligado a la presunción de inocencia. Sin embargo –volviendo a la STS 245/2012–, no se trata de tal caso, pues la denuncia de malos tratos no está corroborada por ningún dato objetivo –sometiéndose José a informes de reconocimiento forense- y en su declaración, con la presencia de su abogado y tras haber sido informado de su derecho a guardar silencio, admite ser miembro de ETA y haber participado en los hechos constitutivos de delito junto al otro coacusado. Por tanto, no existen indicios de que la declaración prestada ante la policía ni su ratificación ante el juez instructor fueran prestadas bajo coerción o compulsión ilegítima.

En cuanto a la declaración ante el Juez instructor, el hecho de negarse a declarar en el plenario no deja sin efecto dicha declaración, ya que fue efectuadas en otro momento procesal con todas las garantías previstas en el ordenamiento. Cosa distinta es que su negativa a declarar implica la imposibilidad de practicar la prueba –la declaración- propuesta y admitida.

Esta sentencia -STS 245/2012- se apoya en otras dictadas anteriormente por el Tribunal:

STS 1236/2011 de 22 de noviembre de 2011 (ARANZADI RJ 2012/8378)

En esta sentencia, el TS sostiene que la declaración del acusado supone una renuncia al derecho a no declarar que no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores. Asimismo, reconoce el valor negativo al silencio cuando se confronta con una declaración del acusado en la que admite los hechos, pudiendo valorar las declaraciones sumariales cuando el acusado se niegue a declarar en el juicio.

2.2. Valor probatorio de las declaraciones realizadas ante la Policía

La propia STS 245/2012 de 27 marzo de 2012, ya mencionada, confirma que la autoinculpación en una declaración policial no constituye en sí una confesión probatoria ni una diligencia sumarial capaz de adquirir la condición de instrumento o medio de prueba procesal, sino un hecho preprocesal en todo caso. Precisamente, como hecho puede ser relevante en la actividad probatoria:

«a) Como elemento contrastante en las declaraciones procesales posteriores, sean sumariales o en el Juicio Oral, haciendo ver al declarante las diferencias entre sus manifestaciones en sede policial, y las hechas en el proceso judicial, a fin de que explique las rectificaciones. En tal caso estas explicaciones, hechas ya en el proceso, son una parte relevante de la confesión judicial, que coopera a la debida valoración de su propia credibilidad.

b) Su declaración policial puede también incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios, etc. En tal caso la conjunción de los datos confesados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoincriminatoria policial, y no ratificada judicialmente». No obstante, la carga de prueba no se hallaría en la declaración policial (no constituye prueba de confesión), sino en los datos fácticos mencionados en su declaración policial y los acreditados como medio de prueba, de los cuales se infiere como en la prueba indiciaria la participación del sujeto.

STS 1294/2000 20 DE JULIO (ARANZADI RJ 2000/6763)

Los recurrentes alegan la vulneración del principio de presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 CE, justificando que la sentencia condenatoria basa la participación de los coacusados en los hechos en una actividad probatoria que no tiene condición de cargo. Esta consiste en la declaración que presta David en Comisaría, autoincriminándose tanto a él como al otro coacusado, por lo que el Juez considera probadas las conductas ilícitas atribuidas. Ambos coacusados defienden que dicha declaración nunca se ratificó ante Autoridad judicial y que, sin embargo, fue rectificada en vista a las amenazas formuladas por los funcionarios policiales al declarante.

En cuanto a la declaración de David, consta en la sentencia impugnada que el Tribunal fundamenta su convicción de participación en la declaración obtenida en sede policial, con presencia de abogado. En la STS de 28 de febrero de 2000, este Tribunal ya se pronunció acerca de la eficacia probatoria de aquellas manifestaciones inculpativas prestadas en sede judicial, de las cuales posteriormente el sujeto se retracta ante la Autoridad judicial. El TC alega que las declaraciones del investigado determinadas en el Atestado Policial no ostentan valor probatorio de cargo, sino el de mera denuncia, vulnerándose por tanto el derecho fundamental cuando la condena se sustenta únicamente en el Atestado, salvo que las declaraciones inculpativas sean ratificadas ante el Juez. De hecho, «ni siquiera el testimonio ante el Tribunal del funcionario policial que confirme que la declaración que figura en el Atestado fue efectivamente realizada, es suficiente para valorarla como prueba de cargo», pues el testimonio no acredita la realidad de la declaración inculpativa y menos cuando el declarante se ha retractado de la misma.

Aunque no tiene cabida en este caso, el art. 714 LECrim. comentado anteriormente puede utilizarse cuando tiene lugar la retractación de las declaraciones inculpativas en el acto del Juicio Oral, facultándose al Juez a estimar dichas declaraciones como prueba. Dicho precepto se refiere a las declaraciones prestadas en el sumario, siendo fehaciente que en el momento de realizar las declaraciones, el sumario todavía no había sido incoado. Así, el atestado no puede considerarse como diligencia sumarial, sino como mera denuncia a efectos jurídicos. Como incidencia al uso del art. 714 LECrim. comentado previamente, su fin es garantizar la neutralidad que se atribuye al Juez de Instrucción.

Por otro lado, la STS de 29 de septiembre de 1997 dictamina que *«puede admitirse, aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a tales actuaciones policiales en las que concurran, entre otros los siguientes requisitos: en primer lugar, tener por objeto la mera constatación de datos objetivos, con fotografías, croquis, resultados de pruebas alcoholométricas, etc., en segundo término, ser irrepetibles en el juicio oral; y, por último, que sean ratificadas en el juicio oral, no bastando con su mera reproducción, o bien que sean complementadas en el mismo juicio oral con la declaración del policía, como testigo de referencia que interviene en el atestado»*. Sin embargo, en este caso no se cumplen tales requisitos.

Según el TS, una declaración autoincriminatoria prestada en sede judicial y recogida en el atestado debe ser excluida como prueba en el caso de no haber sido ratificada ante Autoridad judicial, sino rectificada tanto al órgano instructor como al enjuiciador y, aún más, cuando, como en este caso, el funcionario de Policía encargado del atestado no declara en el Juicio Oral. De esta forma, solo pueden ser consideradas como prueba de cargo aptas para desvirtuar la presunción de inocencia aquellas diligencias practicadas por la Autoridad Judicial –en el Juicio Oral, la prueba practicada o preconstituída practicada en la fase sumarial por el Juez de Instrucción y las diligencias prestadas ante el Juez durante la instrucción que pueden ser evaluadas como elemento probatorio por el órgano enjuiciador, a tenor de lo dispuesto en el art. 714 LECrim-¹⁴. Según la STC de 29 de septiembre de 1997 deberá tratarse de diligencias sumariales practicadas ante el Juez instructor, considerado como el único órgano suficientemente independiente capaz de generar actos de prueba.

Volviendo al caso, no existe prueba de cargo válida contra Francisco que destruya su derecho a la presunción de inocencia, mientras que sí la hay para David, puesto que confesó en el Juicio Oral su participación en el segundo robo.

¹⁴ Art. 714 LECrim.: *«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»*.

2.3. Valor probatorio de las manifestaciones espontáneas del detenido anteriores al interrogatorio

STS 704/2013 de 25 septiembre (ARANZADI RJ/2013/6452)

La Audiencia Provincial condena a tres autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas. Clemencia, identificada por agentes de la Guardia Civil, les manifestó que portaba droga en el interior de su organismo y, una vez detenida, gracias a su colaboración con los agentes se detuvo a los destinatarios de la droga.

Los arts. 368 y 376 del CP¹⁵ no le son aplicables a Clemencia. En relación con el primero, este subtipo atenuado no se corresponde con la acción de la recurrente, ya que le fue intervenida una importante cantidad de droga. Respecto al art. 376 del CP, tampoco cabe su aplicación, pues entre sus requisitos se encuentra el abandono voluntario de las actividades delictivas –recordar que fue identificada por la GC-. Además, el Tribunal de instancia ya le aplicó una atenuante cualificada como respuesta a su colaboración.

Por otro lado, la recurrente alega indefensión por no estar asistida de letrado en el momento de su detención ni en las diligencias ante la policía, sin embargo, fue informada de sus derechos, incluido el derecho a una asistencia letrada, y cuenta con ella cuando declara ante la GC y el Juzgado de instrucción. Distinto es el deseo que ella misma expresa en una manifestación espontánea de colaborar para identificar a los traficantes, una vez detenida e informada de sus derechos: la actuación policial para identificarlos es lícita y no responde a una necesaria asistencia letrada debido a la espontaneidad de la declaración de la recurrente y las circunstancias.

Como conclusión, el inicio de una investigación con las manifestaciones espontáneas realizadas por la detenida para identificar a los destinatarios de la droga no supone indefensión ni vulneración del derecho a asistencia letrada, así como tampoco

¹⁵ Art. 368 CP: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Art. 376 CP: «los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado».

del derecho a la presunción de inocencia por parte de los otros dos acusados, al existir una prueba indiciaria que se constituye en prueba de cargo suficiente.

El hecho de que la convicción judicial tenga su base en una prueba indiciaria no es contrario al derecho a la presunción de inocencia, siempre que esta actividad probatoria cumpla los siguientes requisitos para considerarse como prueba de cargo suficiente: «1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común» (STC 111/2008, de 22 septiembre).

Otro ejemplo de manifestación espontánea es la establecida en la STS 1571/2000, de 17 de octubre, en la que el acusado, una vez detenido e informado de sus derechos, verbalizó que los agentes policiales no encontrarían droga en el registro del vehículo porque la traían los otros coacusados, comprobado posteriormente. Las declaraciones prestadas por los agentes en juicio oral que testimoniaron las manifestaciones espontáneas fueron consideradas como prueba de cargo.

En cuanto al valor de las declaraciones espontáneas realizadas por el detenido antes de ser asistido de abogado, la STS 365/2013, de 20 de marzo, ya les atribuye carácter probatorio.

Sin embargo, existe un límite temporal para considerar a las manifestaciones espontáneas como material probatorio. Como señala la STS 1030/2009, de 22 de octubre, si tales manifestaciones se efectúan antes de la información de derechos, éstas no pueden ser utilizadas como medio probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia, pero sí como elemento útil para la investigación (no son declaraciones nulas, pero tampoco susceptibles de ser utilizadas como prueba de cargo).

Por último, la STS 844/2007, de 31 de octubre estima que la manifestación efectuada de forma voluntaria y espontánea por el detenido a las autoridades confesando su culpabilidad, una vez se le hayan instruidos sus derechos, no es contraria al ordenamiento jurídico y, de hecho, puede ser concluyente. Sin embargo, dichas declaraciones no pueden incorporarse al atestado con la firma del detenido y, en caso de hacerlo, la prueba devendría simplemente irregular, por lo que no debería afectar al

resto de diligencias practicadas conforme a las exigencias legales. Así, se ha admitido el valor probatorio de una confesión extrajudicial, siempre que se haya incorporado al juicio oral y se haya sometido a contradicción.

2.4. Valoración de diligencias sumariales, el testimonio del coacusado y contradicción de testigos

STS 1190/2011 de 10 de noviembre (RJ 2012/592)

El recurrente es condenado como autor de un delito de abuso sexual y un delito de asesinato, tratándose de una menor de cinco años la víctima. Éste alega que, en vista a las contradicciones surgidas entre el testimonio de un taxista efectuado en el plenario y un inspector de policía interrogado como testigo, la Audiencia Provincial debería haber acordado la declaración sobrevenida de un Policía Local. Sin embargo, el art. 728 de la LECrim. recoge explícitamente que durante el juicio oral no se podrán practicar diligencias de prueba distintas a las propuestas por las partes ni se examinarán otros testigos, con los matices del art. 729 de la misma ley¹⁶. Como también recogen las STS 15/2008 de 16 de enero y 209/2008 de 28 de abril, el art. 728 se erige de acuerdo a un orden procesal, respetando los principios de contradicción y defensa, que se quebrantaría mediante la introducción sorpresiva de nuevos elementos de prueba.

Además, la identidad de aquel policía local ya constaba en la causa, pero ninguna de las partes solicitó su declaración en sus respectivas listas de testigos, pretendiendo el recurrente que la Audiencia «*asumiera como propia la sobrevenida relevancia de un testigo inicialmente preterido*». Otro motivo para desestimar la pretensión del recurrente es que se trata de dilucidar una contradicción entre dos testimonios de personas distintas, lo cual no se resuelve con el testimonio de una tercera.

El recurrente alega vulneración a la presunción de inocencia, pues considera que su condena se basó en el testimonio de una coacusada sin estar acompañado de otros elementos de corroboración –el fundamento de su condena únicamente en este testimonio es falso, como explicaré en el siguiente párrafo-. Como dictaminó la STC

¹⁶ Art. 729 LECrim.: «*Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:*

1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles».

9/2011 de 28 de febrero, este derecho solo puede vulnerarse ante la ausencia de pruebas de cargo válidas¹⁷. Sin embargo, la condena del recurrente se basa en pruebas de suficiente cargo incriminatorio y lícitas, conforme a la presunción de inocencia –por ejemplo, informes periciales de la autopsia-.

El TC recuerda la posibilidad de valorar diligencias sumariales cuando el acusado se acoge al derecho a no declarar en el plenario, aunque algunas sentencias excluyen el valor probatorio de las declaraciones efectuadas en comisaría (STC 68/2010, 18 de octubre).

Volviendo al caso concreto - STS 1190/2011 de 10 de noviembre-, el recurrente es sometido a dos interrogatorios ante el Juez, el último por voluntad propia, en el que admite la perpetración de los hechos, pero mintiendo sobre el lugar en el que se deshizo del cadáver. Por tanto, la sentencia no se basó únicamente en el testimonio de otra coacusada.

Así, «los argumentos exculpatórios del recurrente carecen de consistencia para contrarrestar el peso del material probatorio» valorado por la Audiencia, desestimando el TS el recurso de casación.

Por último, la declaración del coacusado se considera prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia, ya que los coacusados tienen un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados y, aunque hay que valorar la credibilidad de su testimonio –no está obligado a decir la verdad-, su participación en los hechos no determina su invalidez.

3.3.3. Conclusiones de la jurisprudencia del TS

Analizadas las sentencias anteriores del TS, se puede concluir que rige el «test de la explicación», que será desarrollado en el apartado siguiente, ya que solo es posible extraer consecuencias negativas del silencio del acusado cuando de él se espera una explicación.

No se puede condenar por negarse a declarar o por no dar una explicación, si no por la existencia de indicios suficientes para llegar a una deducción, es decir, que exista

¹⁷ «Cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado».

una prueba indiciaria que no pueda ser negada o contradicha por el silencio del acusado, cuando no existan pruebas directas.

El silencio del acusado, aunque esté ejercitando un derecho, puede ser objeto de valoración cuando otras pruebas de cargo reclaman o exigen una explicación por parte del acusado de los hechos que se le imputan, lo que podría dar lugar a que el silencio del acusado sí pueda entenderse como contradicción

4. LA DOCTRINA DEL «TEST DE LA EXPLICACIÓN»

La doctrina del «test de la explicación» ampara que el legítimo hecho de guardar silencio por parte del acusado no puede concluir su culpabilidad. No obstante, cuando las pruebas de cargo necesiten una explicación que el acusado estuviera en condiciones de dar, la ausencia de dicha explicación puede determinar que no existe explicación posible y, por tanto, condenarle culpable. Es decir, se puede condenar al acusado cuando exista una prueba de cargo suficiente, valorando su acogida al silencio como indicio que corrobore su culpabilidad.

Esta doctrina fue acuñada en primer lugar por el TEDH a raíz del caso Murray comentado en la primera de las sentencias. Siguiendo esta doctrina, los Tribunales españoles han inferido en la mayoría de sus resoluciones consecuencias negativas del acusado que prestó declaración en el sumario y, posteriormente, en el Juicio Oral se decantó por guardar silencio. Asimismo, amparándose en el silencio del acusado durante el Juicio Oral, determinados jueces han incorporado las declaraciones prestadas en el sumario a las actuaciones, de conformidad con su interpretación de los arts. 730 y 714 de la LECrim., tal y como recoge la STS 1240/2000 de 11 de septiembre de 2000.

Una de las sentencias que defiende el test de la explicación es la STC 24 julio 2000, que redacta el siguiente relato fáctico: El TC deniega el recurso de amparo interpuesto por la autora de delitos contra la salud pública y contrabando, señalando el siguiente relato fáctico: en la estafeta de Correos del Aeropuerto de Barajas (Madrid) se detecta un paquete sospechoso, ante lo cual el Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga (GIFA) realiza una punción, dando resultado positivo en cocaína. Instada por el GIFA, el Juzgado de guardia autoriza la entrega controlada del paquete en el domicilio de la sospechosa, llevándosela, así como al paquete ante el Juzgado de Instrucción de Madrid, donde se confirma que se trataba de cocaína. La investigada es llevada ante el Servicio de Aduanas del aeropuerto para continuar la instrucción de las

diligencias, donde se niega a declarar, contestando que prefiere hacerlo ante el Juzgado de Instrucción.

La actual recurrente es condenada, ya que según el Tribunal conocía del contenido del paquete en base a una prueba indiciaria consistente en lo siguiente: negativa de la acusada a firmar el acta de apertura de la correspondencia en presencia judicial y negativa a prestar declaración ante los Agentes de la Guardia Civil, constituyendo ambas una reacción lógicamente contraria a la de una persona que se hubiera visto envuelta en tráfico de drogas contra su voluntad. Asimismo, la dirección de la acusada no pudo haberse obtenido por otras fuentes de información más que la verbal, pues se encuentra escrito el primer apellido de ésta según su pronunciación fonética (lengua inglesa), no correspondiéndose a la forma escrita. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Madrid se adhiere a la resolución del Juzgado de Instrucción.

La acusada solicita con éxito recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a no ser obligado a declarar durante la detención (art. 17.3 CE) en relación con la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y la tutela judicial efectiva sin defensión (art. 24.1). El TC estudia la vulneración de los dos primeros preceptos, pues la actual recurrente apenas motiva el desarrollo del último. Basándose en sentencias emanadas del TEDH¹⁸, el Tribunal dictamina que el investigado está amparado por los derechos a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, debiendo ser informado de ellos desde el primer acto procesal. Ambos constituyen garantías instrumentales del derecho de defensa en su vertiente pasiva, por lo que el investigado o acusado tiene la libertad de defenderse en el proceso de la forma que estime más conveniente sin poder ser forzado a declarar contra sí mismo o confesarse culpable.

En este caso, el derecho a no declarar de la actual recurrente ante la Guardia Civil fue respetado en todo momento.

Si bien el derecho a ser presumido inocente (art. 24.2 CE) sirve de base a todo procedimiento, no debe confundirse con un derecho a ser declarado inocente. La presunción de inocencia garantiza que una condena se haya fundamentado en una suficiente actividad probatoria de cargo. Sin embargo, dicha presunción también queda garantizada en una condena ante ausencia de prueba directa de cargo «a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la Sentencia condenatoria» (STC

¹⁸ *Vid.* Asunto Funke c. Francia, Apartado 2.4 del presente TFG.

174/1985, SSTC 157/1998, de 13 de julio; 120/1999, de 28 de junio). En este caso, al inferirse la culpabilidad de la acusada de una prueba indiciaria, el TC ha de estudiar la razonabilidad del alegato que une la actividad probatoria y el relato fáctico (*Vid.* STC 220/1998, de 16 de noviembre; 117/2000, de 5 de mayo).

Así, el TC acredita que la acusada conocía el contenido del paquete en base a la **prueba indiciaria** sustentada en los siguientes hechos: en el paquete postal figuraba el nombre de la acusada según su pronunciación en español y no como corresponde en inglés, por lo que se deduce que el nombre se transmitiría de forma verbal; durante el breve tiempo que transcurrió entre la entrega del paquete por el portero (así ordenado por la Guardia Civil) y su detención en la calle, la acusada no habría realizado ninguna comprobación ni mostrado extrañeza por su recepción; su negación a firmar el acta de apertura de correspondencia en presencia judicial y a declarar ante la Guardia Civil, acogiéndose a sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Todo ello no resultaría de un comportamiento lógico de una persona que se ve involucrada contra su voluntad en tráfico de drogas.

Por último, el TC se adhiere al FJ 1 de la STS: tal inferencia «ha de reputarse lógica, coherente, racional y ajustada a las normas de la experiencia». Ante la ausencia de prueba directa, solo cabe sustentar la condena en un juicio de inferencia lógica resultante de la valoración de los elementos de prueba disponibles. Pues bien, en circunstancias particulares, la omisión de explicaciones sobre el comportamiento enjuiciado en relación con el derecho a guardar silencio puede ser utilizado para fundamentar una condena siempre que la inferencia esté motivada razonablemente.

4.1. DOCTRINA CONTRARIA AL «TEST DE LA EXPLICACIÓN»

Sin embargo, existen autores que no aceptan la doctrina del «test de la explicación». Así, NIEVA FENOLL¹⁹ opina que ningún valor debe atribuírsele al silencio, ni siquiera a la decisión de guardar silencio. Contradiendo la doctrina jurisprudencial que otorga al silencio un valor corroborador de la práctica de otras pruebas, este autor piensa que no debe extraerse un elemento de convicción, manifestando que al existir otras pruebas no comprende el valor añadido del silencio, pudiendo justificarlo en la insuficiencia de las pruebas. Según él, el Juez busca un

¹⁹ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 252 y ss.

elemento corroborador en el silencio, como si aplicara una norma de la carga de la prueba, que obliga a valorar la conducta probatoria de las partes.

En el caso de que el acusado guarde silencio tanto en instrucción como en el Juicio Oral, NIEVA FENOLL, J. defiende que «los jueces simplemente tendrán que prescindir del acusado como elemento probatorio²⁰». Si, por el contrario, el acusado declara en instrucción, pero se niega a declarar en el Juicio Oral, el autor cree que utilizar la declaración realizada en instrucción para condenarle sería característico de un sistema inquisitivo, ya que las pruebas susceptibles de valoración son las practicadas en el Juicio Oral (art. 741 LECrim.) y, al trasladar al Juicio Oral su declaración en instrucción se estaría falseando el cometido de ese juicio. Además, incide el autor en que solamente pueden reproducirse las diligencias de instrucción en el plenario cuando la prueba no pueda practicarse en el acto del juicio por causas independientes de las partes.

Concluye el autor que «si en el proceso penal no hay prueba, o ésta necesita de corroboraciones tan burdas y contrarias a derechos fundamentales como la valoración del silencio del acusado, simplemente hay que absolver, porque así lo manda el derecho fundamental a la presunción de inocencia».

En este mismo sentido, AGUILERA MORALES, M.²¹ opina que la interpretación del derecho a guardar silencio realizada por nuestros Tribunales deberá ser abandonada debido a su incompatibilidad con el contenido de la Directiva 2016/343. Así, concluye la autora que «no cabe dotar de valor probatorio al silencio del acusado ni utilizar de cualquier modo este silencio en su contra».

Sentadas las bases de una doctrina contraria al célebre «test de la explicación» por algunos autores, voy a exponer determinadas sentencias emanadas de los Tribunales españoles que, según los autores contrarios a la doctrina señalada, se oponen a la explicación del silencio del acusado.

STC 149/2008, de 17 de noviembre (RTC 2008/149)

La condena del recurrente se basa únicamente en la declaración de un coacusado sin señalar las sentencias impugnadas otros factores externos o independientes a la declaración que permitan corroborar mínimamente la participación del recurrente en los hechos delictivos. El TC determina que se ha vulnerado el derecho a la presunción de

²⁰ Opino que el acusado no es considerado elemento probatorio, si no el resultado de su silencio.

²¹ AGUILERA MORALES, M., *Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos (1)*, en *Diario La Ley*, nº 8883, 2016.

inocencia del recurrente, ya que no existe actividad probatoria de cargo suficiente para enervar tal presunción.

Diversas sentencias, como las SSTC 34/2006, de 13 de febrero (RTC 2006/34) y 102/2008 de 28 de julio (RTC 2008/102),, señalan que las declaraciones de los coacusados no constituyen prueba de cargo suficiente cuando, «siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa», ya que el acusado tiene el derecho a no autoincriminarse y, por ende, no tiene la obligación de decir la verdad, a diferencia del testigo.

4.1. 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.

En este apartado analizaremos el contenido de la Directiva 2016/343, en la que los autores contrarios a la doctrina del «test de la explicación» se basan para alegar la vulneración del derecho a no autoincriminarse cuando al silencio se le atribuye valor probatorio.

4.1.2. Objetivos y trayectoria

La Directiva 2016/343 debe ser transpuesta por los Estados Miembros en sus respectivos derechos internos como máximo el 1 de abril de 2018. Esta persiste el plan de trabajo de la UE de reforzar los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales²². Incorporándolo al Programa de Estocolmo, el Consejo Europeo aceptó el plan de trabajo, que proponía adoptar medidas que promovieran determinados derechos (traducción e interpretación, asesoramiento jurídico y justicia gratuita, información sobre los derechos y cargos, etc.). Sin embargo, el Consejo, al estimar que el listado de derechos era insuficiente, pidió a la Comisión que estudiara la posibilidad de incluir otros aspectos que garantizaran de manera más exhaustiva los derechos procesales mínimos de los sospechosos o acusados, entre ellos la presunción de inocencia, íntimamente relacionada con los derechos objeto del presente trabajo .

²² *Vid.* Resolución del consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales.

A pesar de que el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) habían propugnado unos estándares mínimos que en la mayoría de los casos formaban ya parte de las legislaciones nacionales, esta Directiva surge como respuesta a las violaciones de derechos procesales básicos tan propensas en la práctica y que obstruían, por tanto, los mecanismos de cooperación penal. Así, las resoluciones previamente dictadas por el TEDH quedaban reforzadas por unos estándares mínimos reflejados en la directiva objeto de estudio, armonizando las legislaciones nacionales de los distintos Estados Miembro.

La Directiva 2016/343 ha de aplicarse a una persona física desde el momento en que ésta sea investigada o esté acusada de haber cometido una infracción penal, en toda la fase del proceso penal hasta que la resolución final adquiera firmeza, excluyéndose las personas jurídicas.

4.1.3. Regulación del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en la Directiva 2016/343.

La cláusula 24 del Preámbulo escatima que «el derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la autoinculpación», de manera que no se le puede forzar al investigado o acusado a que incorpore pruebas o documentos o facilite información en el momento de su declaración. Asimismo, reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, importante en la construcción de la presunción de inocencia.

El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo se encuentra recogido en el art. 7 de la Directiva, que dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse.

2. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos.

3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.

4. Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.

5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no limitará la facultad de los Estados miembros de decidir que, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo».

Estoy de acuerdo con estos autores en que el silencio no puede perjudicar al investigado o acusado en ningún caso. En mi opinión, en el supuesto en que no declare ni en la fase de instrucción ni en el plenario considero que nunca puede acarrear consecuencias negativas en la resolución final.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con NIEVA FENOLL respecto a que la no ratificación en el Juicio Oral de la declaración prestada en la fase de instrucción invalide totalmente aquella declaración, pudiendo otorgarle algún valor probatorio, al menos de forma indiciaria.

Respecto a la Directiva 2016/343, debiendo haber sido transpuesta el 1 de abril del 2018, apenas supondrá cambios normativos en el Estado español, pues los caracteres sustanciales ya están incorporados a la LECrim. En cuanto al art. 7 de la Directiva, relativo al derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, así como al art. 3, en relación con la presunción de inocencia, y el art. 6, con la carga de la prueba, se encuentran plenamente adaptados al ordenamiento jurídico español.

CONCLUSIONES

Personalmente, opino que en ningún caso puede ser condenada una persona basándose en su legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable, reconocido en la ley suprema del ordenamiento jurídico español como derecho fundamental y en la LECrim., así como en importantes textos internacionales, destacando su inclusión implícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, como los tribunales han señalado en sentencias recopiladas anteriormente, creo que mediante la inducción a un razonamiento lógico, puede condenarse a una persona como culpable cuando exista prueba suficiente alegada por la acusación y no exista una explicación frente a ella que contradiga su participación. No obstante, esto último no ha de confundirse con la motivación de una condena basada en el silencio del acusado, pues solamente puede fundamentarse ésta cuando existan pruebas de cargo suficientes, sin poder ser sustituidas por el silencio.

Pienso que el derecho a no autoincriminarse constituye una importante garantía para el investigado o acusado, debiendo prevalecer siempre el principio de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. No obstante, mi criterio es que en algunos casos puede ser más beneficioso para la defensa dar una mínima explicación lógica de su no participación en el delito concreto, sirviendo como ejemplo ante un Tribunal del Jurado, en el que al no tratarse de jueces profesionales, el silencio podría ser considerado como un reconocimiento tácito, insuficiente para basar la condena, pero sí suficiente para dar validez a otros indicios inconsistentes que, en caso de haber dado alguna explicación, tales indicios podrían haber sido rechazados.

La mayoría de sentencias que he revisado desestiman la vulneración del derecho a no autoincriminarse y he observado que no solo se trata de un derecho que implica necesariamente declaraciones verbales, aunque yo me haya basado en ellas, sino que está presente asiduamente en materia tributaria, pudiendo quedar autoincriminado, por ejemplo, con la entrega de documentos.

Por último, creo que las diligencias sumariales son valorables para dilucidar la culpabilidad del acusado en el caso de que éste guarde silencio en el Juicio Oral cuando existan otras pruebas de cargo. Sin embargo, no estoy de acuerdo en todas las resoluciones de nuestros tribunales, puesto que en el caso de una prueba indiciaria ha de tenerse muy clara la conexión de los hechos fácticos con la realización del delito

atribuido y, a mi parecer, en la STC 24 julio 2000 los hechos no son determinantes, ya que se me ocurren otros supuestos en los que la condenada no tendría por qué estar involucrada voluntariamente. De esta manera, se tendría que resolver cada caso de manera individual, sin poder generar una única solución para todos ellos y partiendo de unas bases que ya he defendido.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., *Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos (I)* en Diario La Ley, N° 8883, 2016.
- ASENSIO GALLEGO, J. M., *El derecho al silencio del imputado*. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43781.pdf>
- DUERTO ARGEMÍ, T., *Tratamiento procesal del silencio del acusado en el procedimiento del Tribunal del Jurado*. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Teresa%20Duerto%20Argemi.pdf?idFile=5e9be554-ee10-47b4-8f44-721df7606039
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «El interrogatorio de acusados, responsables civiles, testigos y peritos» en *El Juicio Oral en el Proceso Penal*, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., Y DEL MORAL GARCÍA, A., (dir.), Comares, Granada, 2010.
- GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Tesis doctoral., Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 2014. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/283261/TESIS%20DOCTORAL.pdf;jsessionid=976DDEF8C83ADB0D40189DAE480A2BAC?sequence=1>
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Los principios del proceso penal en particular: el derecho a no declarar» en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, ARANZADI, Pamplona, 2012.
- MORALES, O. El poder de las costumbres, ¿réquiem por el derecho al silencio? Artículo de Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4079/documento/art04.pdf?id=5041>
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, ARANZADI, Pamplona, 2015.
- SÁNCHEZ GUIJARRO, L., *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un desafío para Europa todavía pendiente*, Documentos de Trabajo IELAT, Madrid, 2016. Disponible en: http://dip.uah.es/europa/wp-content/uploads/2016/01/DT_86_LauraSanchezGuijarro_Web_1.pdf
- RIVEROS-BARRAGÁN, J.D., *El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano*, Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi Bogotá, 2008. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a14.pdf>