

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019/2020

Convocatoria: Julio.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE STATEMENT OF THE DEFENDANT

Realizado por el alumno D. Alberto Carpio Hernández.

Tutorizado por la Profesora Dña. Ana Teresa Afonso Barrera.

**Departamento: Derecho Procesal. Departamento de Derecho Público y Privado
Especial y Derecho de la Empresa**

Área de conocimiento: Derecho Procesal.

RESUMEN

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es analizar la principal garantía que asiste al sujeto pasivo del proceso penal, la presunción de inocencia, de la que es titular cualquier sujeto al que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, concretamente, su tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina procesal.

Asimismo, en relación con esta garantía procesal se analiza la declaración del investigado en fase instructora, la indagatoria, y su aplicación en la fase de juicio oral ante la laguna legal que existe junto con la declaración de los coacusados y su valor probatorio.

Finalmente, se analiza la regulación del acusado en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de los años 2011 y 2013.

Palabras clave: presunción de inocencia, declaración, acusado, coacusado, indagatoria.

ABSTRACT

The objective of this Final Degree Project is to analyze the main guarantees that assist the defendant during the criminal proceedings, the presumption of innocence, which adds to every charge in the commission of a criminal act, specifically in jurisprudence and procedural doctrinal treatment.

In addition and related with this procedural guarantee, the project analyzes the statement of the defendant during the inquiry and its application during the oral trial, regarding a loophole between the statement of the codefendant and its evidentiary value.

Finally, the new regulation for the accused is evaluated in the Criminal Procedural Act draft bill of 2011 and 2013.

Key words: presumption of innocence, statement, defendant, codefendant, inquiry.

Índice

I.	INTRODUCCIÓN.....	Pág.4
II.	LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	Pág.4
	2.1 Derecho fundamental y garantía procesal.....	Pág.4
	2.2. Su tratamiento en la jurisprudencia constitucional.....	Pág.9
	2.3. Su tratamiento en la doctrina procesal.....	Pág.12
III.	PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA....	Pág.16
	3.1. Carga de la prueba formal y material.....	Pág.16
	3.1.1. Carga de la prueba formal.....	Pág.17
	3.1.2. Carga de la prueba material.....	Pág.18
	3.2. Carga de la prueba en el proceso penal.....	Pág.19
IV.	LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO.....	Pág.22
	4.1. En la fase preliminar como acto de investigación.....	Pág.23
	4.2. En la fase de instrucción como diligencia de investigación.....	Pág.25
	4.3. La confesión.....	Pág.28
	4.4. En el juicio oral como medio de prueba.....	Pág. 30
	4.5. La declaración del acusado en los proyectos de reforma	
	LECriminal.....	Pág.33
	4.5.1. Anteproyecto de 2011.....	Pág.33
	4.5.2. Anteproyecto de 2013.....	Pág.36
V.	LA DECLARACIÓN DE LOS COACUSADOS.....	Pág.39
VI.	CONCLUSIONES.....	Pág.46
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.48

I. Introducción

Suscita interés que la declaración del acusado y coacusado como medio de prueba en nuestro proceso penal carezca de una regulación específica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) del año 1882 en la que únicamente se contempla la declaración del ahora investigado ante el órgano instructor y su posible confesión y, posteriormente, abierto el juicio oral la posible conformidad del acusado.

Siendo el acusado la auténtica parte material del proceso penal resulta interesante analizar la principal garantía que le asiste que, no es otra, que la presunción de inocencia que se pone en relación con la necesaria carga de la prueba que pueda llegar a desvirtuarla, objeto de estudio en la primera parte de este trabajo, analizando, en una segunda parte, la declaración del sujeto pasivo del proceso en la fase preliminar, en la fase de investigación y en el acto del juicio oral.

Asimismo, no solo se analiza la declaración del acusado sino la que puede prestar un coacusado en los supuestos de que sean varios los sujetos frente a los cuales se ejercita la acción penal.

Finalmente, se realiza un análisis de la figura del acusado en los dos Anteproyectos de reforma de la LECrim, los de los años 2011 y 2013.

II. La presunción de inocencia

2.1 Derecho fundamental y garantía procesal

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra regulado en el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE), en particular en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª denominada «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*». Se trata de un derecho fundamental, principio informador del ordenamiento jurídico, así como una garantía procesal¹, aplicable a los investigados o encausados en un proceso penal, para que no sean considerados culpables, hasta que no se dicte sentencia condenatoria o absolutoria.

Como primeras muestras de la interpretación de este derecho en nuestra jurisprudencia hay que hacer referencia a la «*sonada*» Sentencia del Tribunal Constitucional (en

¹ OVEJERO PUENTES, A.M., *Comentario a la Constitución Española. Libro-Homenaje a Luis López Guerra. Tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág.589.

adelante, STC) de 31/1981 de 13 de agosto (*TOL 110833*), donde se declaró la violación de este derecho fundamental al dar por válida una confesión obtenida de manera ilegal ante la policía porque se tomó sin estar presente el letrado defensor y se utilizó violencia en su obtención. En este caso, se interpretó la presunción de inocencia como una garantía procesal porque fue necesario determinar los requisitos de validez de la prueba de cargo, cuándo podía ser considerada la actividad probatoria mínima o suficiente, la relación existente con la prueba indiciaria, los límites de la prisión provisional, de la carga probatoria y su preeminencia en la fase del juicio oral. Se contextualizó, en un primer momento, como un derecho *ad intra*, «*que proyectaba su amparo en el funcionamiento interno del proceso, garantizando que seguía unas determinadas pautas que aseguraban su equidad*»². Posteriormente se le dotó de autonomía con un reflejo *ad extra*, «*con capacidad de actuación como garantía de la celebración del juicio y de la intervención del juez y del proceso*». Esto extendió la protección que brindaba hacia otros derechos fundamentales, como son la dignidad personal o la libertad, ante cualquier acción sancionadora o limitativa de derechos³ (incluyéndose la identidad sustantiva de infracción administrativa)⁴.

Declara la STC 81/1998 de 6 de mayo (*TOL 86937*) que este derecho pertenece al grupo de derechos fundamentales procesales incluidos en el artículo 24 CE. Estos derechos ostentan un doble carácter porque son derechos subjetivos que pertenecen a los individuos, no solo como derecho de los ciudadanos, sino también como garante de un *status* jurídico en un ámbito de existencia. Pero además, son un elemento esencial para el sistema jurídico nacional, ya que configuran un marco de convivencia justa y pacífica, plasmada en el Estado social y democrático de Derecho *ex* artículo 1.1 CE.

Además, hay que tener en cuenta que la presunción de inocencia es un derecho autónomo⁵ y no funciona como instrumento para derechos. Esto lo diferencia claramente del resto de garantías procesales del artículo 24.2 CE ya que estas no se tienen porqué verse ultrajadas ante la violación de la presunción de inocencia, pudiendo ser manifestada como argumento único en sede de recurso.

Además de ser un derecho fundamental, es también considerado un derecho humano recogido en distintos tratados internacionales como la Declaración Universal de

² *Ídem*, pág. 570.

³ *Ibidem*.

⁴ STC (Sala Primera) de 17 de noviembre de 1992 (núm. rec. 352/1989).

⁵ BELLOCH JULBE, J.A, GUERRA SAN MARTÍN, J., TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, E.: “*El Derecho a la Presunción de Inocencia (1)*”, *Diario La Ley*, nº4, 1982, pág. 1184.

Derechos Humanos (art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el art. 6.2) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (los arts. 47 y 48).

Más recientemente, la Directiva 2016/343 de 9 de marzo, ha actualizado los derechos del encausado en el ámbito del procesal penal como son la propia presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (art. 3 y 7, respectivamente), estableciendo pautas de actuación para las referencias públicas respecto de la culpabilidad del acusado (art. 4) o la presentación del investigado ante los órganos judiciales y medios de comunicación (art.5). La finalidad es reforzar el proceso penal como un juicio justo y confiable, estableciendo unos mínimos legales a tener en cuenta por parte de las autoridades de los países miembros de del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, este derecho se configura por nuestros tribunales como una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, recordando que la carga de la prueba la ostenta la acusación.

No obstante, existen discrepancias sobre el carácter de esta presunción entre la jurisprudencia, la doctrina y los profesionales del derecho afirmando que el derecho a la presunción de inocencia no es una presunción *iuris tantum*, ya que nada tiene que ver con esta, pues no ostenta ninguna de sus características⁶.

Por ejemplo, LUZÓN CUESTA la considera como una «*verdad interina*», «*por virtud de la cual el acusado de la comisión de un delito ha de ser considerado inocente mientras no se practique, con las debidas garantías procesales, una mínima actividad probatoria*»⁷.

⁶ BUESO SÁNCHEZ, M.P., en “*De las presunciones e indicios*”, InDret (2001) expone las características a la que se deben las presunciones, que son «a) la existencia de un hecho base, entendiendo la palabra hecho en sentido amplio; b) la conexión que vincula a ese hecho base con el acaecimiento que rata de conocer, conexión que se verifica con arreglo a normas puramente lógicas, no jurídicas; c) el logro de cierto resultado, en cuanto el juzgador puede adquirir el convencimiento de un dato procesal determinado».

⁷ LUZÓN CUESTA, J.M.: “*La presunción de inocencia ante la casación*”, Diario La Ley, nº4, 1988, pág. 969.

Con base en lo expuesto, este sector disidente configura la presunción de inocencia como una verdad interina o interna de inculpabilidad, porque afirmar que es una presunción *iuris tantum* significaría invertir o trasladar la carga de la prueba sobre el investigado, destruyendo o desvirtuando el contenido del derecho a través de la prueba de descargo⁸ y, como se analizará más tarde, este no tiene el deber de probar que no es inocente. Por lo tanto, esta obligación de la defensa de probar hechos negativos es el fundamento de la *probatio diabolica*, la cual atacaría a su derecho a tutela judicial efectiva y al derecho de defensa.

GÓMEZ COLOMER sostiene que realmente la presunción de inocencia es una garantía constitucional y que *«el término “presunción” obedece a la comodidad del léxico del siglo XVII. Por ello, la doctrina que entiende que debemos buscar y probar el hecho base o indicio es errónea, «ya que ni existe ni se debe probar nada»*⁹. Y en el mismo sentido, NIEVA FENOLL afirma: *«aunque se la llame presunción, ni siquiera lo es, al no estar basada, a priori, en indicio alguno. En realidad no es sino un principio general del proceso penal, que le sirve de guía al juez para orientar su labor»*¹⁰.

Continuando con las características de este derecho, señalar que es irrenunciable¹¹ porque está ligado al derecho a dignidad de la persona. La renuncia se consideraría nula de pleno derecho cuando se produzca en fase preprocesal donde la acción penal no se ha ejercitado aun e incluso, una vez se hay actuado, si el investigado hace uso de la renuncia (desembocando en la confesión) no se exime al órgano jurisdiccional de seguir con el proceso, de recabar pruebas y, posteriormente, de valorarlas una vez practicadas en la fase de juicio.

Al ser la presunción de inocencia un derecho fundamental, una parte de la jurisprudencia lo conforma como un derecho subjetivo público porque es posible individualizar al titular del derecho y al sujeto obligado. Es un derecho subjetivo, no solo como derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino *«en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia»*. Pero al mismo tiempo, dice la citada STC 81/1998 (TOL 80937), *«son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de*

⁸ STC (Sala Segunda) de 8 de julio de 1999 (núm. rec. 353/1996).

⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Presunción de inocencia”, *Teoría y Derecho*, 2019, n°26, pág. 183.

¹⁰ NIEVA FENOLL, J.: “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret*, 2016, pág. 14.

¹¹ GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J.A., TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, E.: *op.cit.* pág. 1187.

la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución».

Por tanto, como titular del derecho, se puede encontrar a la persona acusada de una infracción legal. En este sentido, el considerando 12º de la Directiva 2016/343 de 9 de marzo, anteriormente citada, desarrolla a su vez en el artículo 2 el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, las personas físicas, sospechosas o acusadas en un proceso penal. Cuando se produce este acto de sospecha o acusación es cuando se debe de producir el despliegue de medios para salvaguardar su presunción de inocencia.

Esta Directiva recoge lo que ya se plasma en la LO 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, la importancia de proteger al investigado o encausado eliminando la antigua denominación de imputado y que esta aparezca en las resoluciones o declaraciones públicas¹², porque todo aquello lo prejuzga como culpable antes de obtener, primero, materiales probatorios obtenidos de manera legal en un proceso investigador; segundo que estos puedan ser medios probatorios de cargo y suficientes que se practiquen en la fase de juicio oral donde se acredite su participación en los hechos y la verdad material que presuntamente puedan albergar; y tercero, que todo desemboque en una resolución judicial firme. Además, es que es lógico que el titular de este derecho sea la persona física inmersa en un proceso penal porque se debe de hacer una interpretación sistemática de la CE, porque al final tal derecho protege a la dignidad de la persona y a sus derechos más fundamentales, como son, el derecho al honor y a la libertad.

Por otro lado, como sujeto obligado se encuentra el propio Estado, cuya pretensión de condena ha de hacerse pública, tal como señala la STC 111/1999 de 8 de julio (*TOL 81170*): *«supone que cuando el Estado ejercita el ius puniendi a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto».* Así, el Estado debe de actuar a través de los poderes públicos, en particular desde el Poder

¹² Considerando 17, Directiva 2016/343 de 9 de marzo: *«Por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía [...], bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad».*

Judicial, ya que a estos se les atribuye la potestad para declarar la culpabilidad o inocencia de los investigados o encausados¹³. Las actuaciones realizadas por el Poder Judicial tienen un potencial carácter para afectar a los derechos fundamentales, por lo que tiene la obligación de respetar y velar por estos (art. 53.1 CE). Por ello, las vulneraciones que se produzcan a la presunción de inocencia podrán denunciarse ante el Tribunal Supremo a través del recurso de casación y ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

OVEJERO PUENTE concluye diciendo que «[...] la presunción de inocencia sigue siendo hoy día un valioso instrumento transformador, pues despliega la garantía jurisdiccional y con ella los mecanismos de protección de la libertad del individuo, allí donde el ciudadano no cuenta con el amparo de la Justicia para protegerse de sufrir injustamente una sanción o limitación indebida en sus derechos y libertades fundamentales»¹⁴.

2.2. Su tratamiento en la jurisprudencia constitucional.

Siendo la presunción de inocencia un derecho fundamental está protegida su posible vulneración a través del recurso de amparo regulado en los artículos 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC). Establece el artículo 44 LOTC los siguientes requisitos que ponemos en relación con la presunción de inocencia:

- a) «*Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial*»: en el caso concreto de la presunción de inocencia se pretende agotar primero la vía penal a través del recurso de apelación y, posteriormente, el recurso de casación. Es decir, que esta característica de subsidiariedad se manifiesta, no solo en la admisión del recurso, cuando no se haya protegido la presunción de inocencia, sino cuando tampoco se agoten todas las vías judiciales posibles en el ordenamiento penal debiendo invocarlo ante los órganos jurisdiccionales competentes. Este requisito se ha manifestado desde las primeras configuraciones del derecho, así la STC 31/1981 establece que, «*el primer requisito*

¹³ GUERRA SAN MARTÍN, J., BELLOCH JULBE, J.A., TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, E.: *op.cit.* pág. 1187.

¹⁴ OVEJERO PUENTES, A.M., *op. cit.* pág. 573.

(...), tiene como finalidad y razón de ser hacer posible el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado dentro de la propia jurisdicción ordinaria, al ser el amparo un medio último y subsidiario de garantía». Añade, asimismo, la STC 85/1999 de 10 de mayo de 1999 (TOL 81151), que el agotamiento de la vía ordinaria se malogra de dos maneras: cuando no se usan los recursos razonablemente exigibles a la parte, y también, «cuando, aún haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental. Es en uno y otro caso cuando se infringe el principio de subsidiaridad».

- b) «Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional»: es necesario que los órganos jurisdiccionales obligados al cumplimiento y respeto de la presunción de inocencia la hayan menoscabado de modo inmediato y directo, por ejemplo, dándole veracidad absoluta a la declaración de un coacusado sin otro material probatorio.
- c) «Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello»: para poder anunciar la vulneración, previamente el encausado ha de exigir tal protección a los jueces y tribunales ordinarios, de tal forma que la protección ante el Tribunal Constitucional procederá únicamente cuando esta protección no se haya desplegado¹⁵.

Una vez se hayan admitido el recurso de amparo, tan pronto como sea posible, el Tribunal Constitucional comenzará su evaluación. Mas teniendo en cuenta lo explicado, lo que entrará a valorar no es lo mismo que hace el Tribunal Supremo. En primer lugar, porque la naturaleza jurídica de cada recurso es completamente diferente porque el recurso de amparo pretende proteger las lesiones concretas e identificables de derechos o libertades fundamentales, siendo estas reales y no hipotéticas porque aunque la posibilidad sea muy alta, si no llega a producirse, el recurso es inadmisibile¹⁶. En contraste, el recurso de casación pretende la aplicación de la ley a través de la interpretación de las normas materiales permitiendo al Tribunal Supremo emitir doctrina legal de igualitaria

¹⁵ LÓPEZ GUERRA. L.: *La Constitución de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 207-208.

¹⁶ OUBIÑA BARBOLLA. S.: *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 183.

aplicación a todo el territorio nacional, además de dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico¹⁷. En segundo lugar, porque ambos órganos han delimitado sus competencias sobre qué manifestarán y qué apreciarán para cada caso concreto porque lo contrario implicaría un exceso competencial cuyo resultado sería la obtención de otra sentencia más sobre el fondo del asunto.

La ya citada STC 85/1999, en el F.J.2, empieza explicando el objeto de ese recurso de amparo, que era «*determinar si las precitadas resoluciones judiciales vulneraron los derechos fundamentales a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 C.E.) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), derechos invocados ambos por el recurrente en tal concepto*». Continúa señalando que, tanto la invocación como la relación con el hecho delictivo acontecido, eran las lesiones recurridas por el autor. Posteriormente en el escrito de alegaciones se invocó respecto de un delito de resistencia. Con ello el Tribunal aclara donde se fija el objeto procesal, que es en la demanda, «*pues en ella se define y delimita la pretensión y a ella hay que atenerse para resolver el recurso, sin que tal objeto pueda ser adicionado posteriormente con las ulteriores alegaciones, cuya ratio es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no el ampliarlo o variarlo sustancialmente*»¹⁸.

Habiendo entendido esto, hay que decir que la evaluación versará sobre si ha habido actividad probatoria de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia¹⁹. Al Tribunal Constitucional le corresponde la protección de este derecho, por lo cual comprobará que se haya realizado una mínima (o suficiente) actividad probatoria que acredite razonablemente la culpabilidad del acusado, y a fin de cuentas que «*las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no hayan sido arbitrarias, irracionales o absurdas*»²⁰.

La función de control del Tribunal Constitucional debe de hacerse con un doble límite: respetando el principio de libre valoración de la prueba por el órgano jurisdiccional de instancia que además tiene atribuida esta competencia constitucionalmente (art. 117.1 CE) y respetando la configuración explicada del recurso de amparo que impide realizar el análisis de los hechos que han dado lugar al proceso. Por consiguiente, cuando se evalúe la sentencia condenatoria de instancia se estará atento a que la actividad probatoria de

¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2018, pág. 659.

¹⁸ STC (Sala Primera) de 10 de mayo de 1999 (núm. rec. 4779/1996)

¹⁹ STC (Sala Segunda) de 14 de abril de 2002 (rec. núm. 3147/2000).

²⁰ *Ibidem*.

cargo haya sido una mínima o suficiente y llevada a cabo bajo los principios de inmediatez, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. La STC 140/1991 de 22 de julio (*TOL 80554*) afirma: «(...) este Tribunal [no] entrar[á] a conocer acerca de la valoración de la prueba efectuada por el Juez o Tribunal ordinario, la función del Tribunal Constitucional cuando se alega la presunción de inocencia consiste, precisamente, en verificar si ha existido esa actividad probatoria de la que se pueda deducir la culpabilidad²¹ del acusado».

Se identifica que la labor que ha de realizar el Tribunal Constitucional ante una vulneración de la presunción de inocencia no es valorar negativamente las pruebas ni tampoco convertirse en una tercera instancia judicial. En resumen, las dos exigencias a evaluar (STC 138/1992 de 17 de noviembre, *TOL 80748*) son, por un lado: «que las pruebas utilizadas sean de cargo y tengan un sentido inequívoco en apoyo de la acusación». Añade diciendo que «ya hemos dicho en alguna otra ocasión (STC 25/1988) que dentro de tal concepto se incluye la actividad probatoria que, en relación con un delito concreto en su entera dimensión objetiva y subjetiva, pone de manifiesto necesariamente la culpabilidad del acusado, con plena convicción. Aquí entra de nuevo en juego la libre valoración de aquel conjunto de elementos por el juzgador y el principio in dubio pro reo que le impone la absolución si no llegara al convencimiento más allá de toda duda(...)». Y, por otro, «la segunda de las características (...) ofrece un doble aspecto cuantitativo y cualitativo y puede sintetizarse en la necesidad de que se haya producido una mínima actividad probatoria, pero suficiente y además, (...) de signo incriminatorio».

2.3. Su tratamiento en la doctrina procesal.

El Tribunal Supremo, mediante el recurso extraordinario de casación, puede pronunciarse sobre la posible violación de la presunción de inocencia, siendo el objetivo del citado recurso anular una sentencia que puede haber vulnerado ley material o procesal. Los motivos para interponer este recurso están tasados legalmente y han sido desarrollados de una manera muy estricta por parte de la doctrina.

²¹ Hay que aclarar que al término de “culpabilidad” se le da una nueva acepción. Así, «entendiendo el término “culpabilidad” (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal —Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 9-5-89, 30-9-93 y 1684/94 de 30-9—. Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (...)», GÓMEZ COLOMER, J.L., *op.cit.*, pág. 186.

Actualmente, la vulneración de la presunción de inocencia prosperaría a través de dos vías: la del artículo 849.2 LECrim, infracción de ley cuando haya existido error en la apreciación de la prueba y la del artículo 852 LECrim de infracción de precepto constitucional.

Cuando se fundamenta el recurso de casación por infracción de ley en el error en la apreciación de la prueba, se pretende el reconocimiento del *«error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron»*²². Esto implica que se atiende a la naturaleza fáctica y no jurídica de la sentencia cuestionada (que es objeto de otro recurso de casación *ex art. 849.1*) y por ello requiere del cumplimiento de determinados requisitos, como son probar la relevancia del error, la determinación y literosuficiencia de los documentos, que la eficiencia probatoria no haya sido desvirtuada en base a otras pruebas que obren en la causa, que haya una integración del *factum* y que esta integración del *factum* constituya medio para crear premisa distinta de la establecida²³. Esta interpretación restrictiva hace de difícil estimación la causa, y, es por ello que, se prefiere el segundo motivo por el que se puede formar este recurso.

Como segunda vía de casación se puede invocar la infracción de precepto constitucional, concretamente el artículo 24.2 CE, en especial el derecho a la presunción de inocencia. De esta manera se consigue que el Tribunal Supremo controle la licitud de la prueba practicada que fundamenta el fallo, de desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas.²⁴

Manifiestar la vulneración de la presunción de inocencia implica declarar el incumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, además de cuestionar la tarea que ha realizado el órgano jurisdiccional de instancia evaluando el material probatorio. En este caso, se permite al Tribunal Supremo la *«revisión íntegra»*²⁵ de la resolución, siendo así en sus cuestiones fácticas, donde lo que ha de comprobar el Alto Tribunal es que en Instancia *«ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió*

²² STS (Sala Segunda) de 2 de junio de 2015 (núm. rec. 2057/2014).

²³ GIMENO SENDRA, V.: *op. cit.* pág. 665.

²⁴ STS (Sala Segunda) de 7 de abril de 2017 (núm. rec. 1785/2016).

²⁵ *Ibidem.*

porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo»²⁶.

Pero la función casacional no acaba aquí porque también ha de controlar las reglas procesales y de valoración de la prueba, ya que *«la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria»²⁷.*

La suficiencia probatoria sería clara cuando la conclusión a la que haya llegado el Tribunal *a quo* fuera indudable, desde una perspectiva objetiva y externa *«que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable»*, y en definitiva, si *«el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable»²⁸.*

En esta Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 241/2019 de 9 de mayo (*TOL 7223831*), al igual que en otras similares como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 198/2017 de 4 de septiembre (*TOL 6380337*), cuando se denuncie la vulneración de la presunción de inocencia, se habrá de valorar si la prueba de cargo fue obtenida respecto a las garantías de un proceso debido²⁹ y se deberá analizar:

1. **El juicio sobre la prueba:** si existió la prueba de cargo. Será prueba de cargo aquella que haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de la legalidad ordinaria y practicada con regularidad procesal; que haya sido sometida a los principios que informan el proceso como la contradicción e igualdad y el procedimiento como inmediación y publicidad; y que sea obtenida respecto al canon de legalidad constitucional exigible, es decir, si accedió de manera lícita al proceso sin vulnerar a otros derechos fundamentales. Este último requisito permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan a las pruebas que hayan sido obtenidas directa o indirectamente

²⁶ STS (Sala Segunda) de 16 de enero de 2020 (núm. rec. 10231/2019).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ STS (Sala Segunda) de 9 de mayo de 2019 (núm.rec. 10455/2018).

²⁹ SAP Islas Baleares de 4 de septiembre de 2017 (núm.rec. 154/2016).

lesionando otro derecho fundamental. No hay que olvidar que el Tribunal ha de valorar si la prueba existe en sentido material, sea esta real o personal.

2. **El juicio sobre la suficiencia:** una vez ya se haya afirmado que la prueba es de cargo, ha de evaluarse la cualidad incriminatoria de la misma para provocar la enervación de la presunción de inocencia, analizando todos elementos esenciales del delito³⁰. La conclusión probatoria se considerará insuficiente cuando no quepa duda de que, desde una perspectiva objetiva y externa, la versión judicial es improbable³¹.
3. **El juicio sobre la motivación y su razonabilidad:** en este punto se valorará si el órgano jurisdiccional cumplió con el deber de motivación y razonó conforme a la lógica y la experiencia, tanto la comisión del hecho como la participación del acusado. El *iter* discursivo no ha de poder calificarse como ilógico, irrazonable o insuficiente para justificar la señalada enervación³².

El reexamen de la culpabilidad y pena de la resolución en instancia se ve flexibilizada y aplicada por esta interpretación del recurso de casación, puesto que se le ha «desposeído de toda rigidez formalista»³³ y se ha ampliado la defensa de la presunción de inocencia, haciendo una nueva valoración de la prueba de cargo ya obtenida y evaluada, además, como se ha explicado, desde tres aspectos: la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria.

Al respecto, la doctrina resume que las comprobaciones versarán sobre³⁴:

1. *«Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).*
1. *Si estas pruebas son de contenido incriminatorio*
2. *Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.*
3. *Si ha sido practicada con regularidad procesal.*
4. *Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia y, finalmente,*
5. *Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador».*

³⁰ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Doctrina Penal Actualizada*, STS 10/2017, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 446.

³¹ STS (Sala Segunda) de 9 de mayo de 2019 (núm.rec. 10455/2018).

³² GARCÍA SAN MARTÍN, J., *op.cit.*, pág 446.

³³ STS (Sala Segunda) de 16 de enero de 2020 (núm. rec. 10231/2019).

³⁴ STS (Sala Segunda) de 9 de mayo de 2019 (núm.rec. 10455/2018).

La necesidad de reforzar la motivación surge cuando se invoca la vulneración de la presunción de inocencia por la vía del artículo 852 LECrim, alegando infracción del deber de motivación, so pretexto de no haber desglosado el fundamento jurídico, por ejemplo, atendiendo a la cuantía de la droga ocupada, que sea cuestionable si estaba destinada al tráfico. El Tribunal Supremo ha establecido que la motivación debe de abarcar el aspecto fáctico, señalando detalladamente las pruebas que se han tenido en cuenta y desprendiéndose las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los hechos controvertidos. En esta línea el ATS de 2 de marzo de 2017 (TOL 6017791) expone *«la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso»*.

Para evitar la falta de motivación y la arbitrariedad, RODRÍGUEZ RAMOS se postula defensor de la aparición de la presunción de inocencia, *«cuyo ejercicio ha de estar motivado siempre que contradiga la inocencia, en todo o en parte, de algún ciudadano. Si toda resolución judicial debe estar, más o menos expresa y extensamente motivada para evitar indefensión, cuando resulte cuestionadora o conculcadora de la inocencia de alguien, se refuerza tal necesidad de motivación, pues hay que explicar el porqué de la ruptura de tan importante presunción»*³⁵.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

3.1. Carga de la prueba formal y material

Define ASECIO MELLADO las normas sobre la carga de la prueba como *«un expediente formal que proporciona al juez las debidas reglas a las que ha de atender para dar solución al problema del hecho incierto y dictar en definitiva una sentencia de fondo (...) cualquiera que sea su contenido»*³⁶.

³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Presunción de inocencia no minimizada”, *Diario La Ley*, Tomo 4, 1983, pág. 1252.

³⁶ ASECIO MELLADO, J.M: “La prueba. Normas generales”, en AA.VV (ASENCIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 226.

La carga de la prueba aparece en el proceso como una *ultima ratio*, ya que antes de valerse de esta ha de realizar la valoración del material probatorio y, solo cuando esta devenga imposible, acudirá a solución de la carga de la prueba³⁷. Este conjunto de reglas distribuyen a qué parte le es más factible probar un hecho incierto y así el Juez puede imputar a uno de los litigantes la carga de demostrarlo³⁸, por tanto, la carga de la prueba aparece íntimamente relacionada con el principio de aportación a instancia de parte propio del proceso civil de carácter dispositivo, si bien, en el proceso penal no hay que olvidar que, dado que se actúa el *ius puniendi* del Estado, se añade la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde de oficio las pruebas que estime oportunas con independencia de las que hayan sido propuestas por las partes. La doctrina distingue entre la carga de la prueba formal y material.

3.1.1 La carga de la prueba formal

Cuando se habla de la carga formal de la prueba realmente se refiere a las reglas que distribuyen a cuál de las partes le corresponde probar los hechos que han sido alegados. Esta fue la primera en ser regulada y es propia de los procesos en los que a las partes les corresponde alegar y probar las afirmaciones sobre los hechos controvertidos³⁹. Es la carga de la prueba que se consagra en el artículo 217 LEC, concretamente, en los apartados segundo y tercero.

Estos apartados se refieren a que el «actor y demandado reconviniendo» (217.2 LEC) probarán aquellos hechos que se subsumen en el supuesto fáctico de la norma cuya consecuencia jurídica invocan a su favor⁴⁰; mientras al «demandado y actor reconvenido» (art. 217.3 LEC) le conviene acreditar aquellos que «impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica», es decir, alegando aquellos presupuestos fácticos de normas que sean impeditivas, extintivas o excluyentes⁴¹. A pesar de esto, que es la postura más diligente, el demandado tiene, como recalca GIMENO SENDRA, otra opción, adoptar una actitud pasiva negando los hechos afirmados por el actor, no siendo esto muy aconsejable ya que si el Juez o Tribunal queda convencido por los argumentos del actor puede fallar a su

³⁷ NIEVA FENOLL, J.: *Derecho Procesal III, Proceso Penal, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2019, pág. 401.

³⁸ *Ídem*, pág. 402.

³⁹ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de Declaración. Parte General*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 519.

⁴⁰ *Ídem*, pág. 521.

⁴¹ ASENSIO MELLADO, J.M.: *op.cit.*, pág. 227.

favor. De esta manera se les indica a ambas partes la necesidad de probar sus alegaciones y el ámbito del derecho a probar que ostentan en el proceso⁴².

Como se trata de una carga no puede generar una sanción. Afirma ASENCIO MELLADO que la aplicación de esta doctrina es para los casos de duda judicial (hecho alegado y no probado por las partes) y por ello «*sancionar a una parte por no verificar una obligación probatoria y, posteriormente, considerar el Juez acreditados los hechos que esta parte sostenía, carecería de justificación*». Además añade que la sustitución de las cargas por obligaciones «*una teorización muy superficial*», pues sean cargas u obligaciones «*habría de solucionarse atendiendo a la conducta de las partes*»⁴³.

Lo anteriormente expuesto hay que complementarlo con los criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad del apartado séptimo, pautas que responden a la pregunta de cuál de las partes tenía más disponibilidad y facilidad probatoria con independencia de quien haya alegado el hecho.

3.1.2 La carga de la prueba material

Partiendo de la anterior idea donde el Juez ha de valorar las pruebas que acrediten hechos, independientemente de quien las haya aportado, la carga de la prueba material se referirá a la regla de juicio. Esta responde a la pregunta «*quién ha de probar*», a la que solo puede responder la carga material, pues esta habla sobre qué ha de ser probado.

Para que el Juez o Tribunal dicten sentencia sobre un hecho no probado han de decidir cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba. Esta será desfavorable para la contraparte que no se vea capaz de probar el hecho jurídico que manifestó. Esta regla determina el contenido de la sentencia y por ello se dirige al juez⁴⁴. La solución queda establecida en el artículo 217.1, donde dice el tenor literal del artículo menciona que si el Juez o Tribunal consideran dudosos unos hechos relevantes para dictar una decisión, desestimarán las pretensiones del actor o las del demandado, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

La misión del juzgador no solo sería aplicar las consecuencias jurídicas en la sentencia, sino colaborar en el esclarecimiento de la realidad de los hechos. Y es precisamente lo que ocurre en el proceso penal con el principio de investigación de oficio que

⁴² GIMENO SENDRA, V.: *op. cit.* pág. 518.

⁴³ ASENCIO MELLADO, J.M.: *op.cit.*, pág. 227.

⁴⁴ MONTERO AROCA, J.M.: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 230.

atenúa el principio de aportación porque el Juez de Instrucción es el que practica diligencias de investigación que habrán de ser ratificadas en el acto del juicio oral.

Concluye GIMENO SENDRA afirmando que en la actualidad ambas teorías, la carga de la prueba formal y material, tienden a un acercamiento que se experimenta en el resto de países europeos. Estos se dirigen a un modelo de «*justicia civil social*» que pretende una mayor intervención jurisdiccional a través de la búsqueda de la «*justicia o verdad material*» y no una meramente formal⁴⁵.

3.2. Carga de la prueba en el proceso penal

La prueba en el proceso penal puede definirse como «*la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos allegados al proceso*»⁴⁶. Esta actividad probatoria es, como ya se sabe, un acto de parte y, son dos grupos los que se pueden distinguir, en este orden: las partes acusadoras y las partes acusadas. Recuerda NIEVA FENOLL que la teoría civilista tal y como está configurada, no puede aplicarse en el proceso penal porque habría que repartir las pruebas de la misma manera que el proceso civil en función de la facilidad que tengan las partes. Señala además que «*ello se opone el principio básico que sirve de guía para prácticamente todo el proceso penal: la presunción de inocencia, que impide por completo poderle exigir al reo que aporte pruebas en su descargo para que sea posible absolverle*»⁴⁷.

Como partes acusadas se encuentra el acusado y los posibles coacusados que están amparados por el derecho a la presunción de inocencia. Ello produce el efecto de situar la carga material de la prueba sobre el terreno de los acusadores tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (STS 884/2014 de 26 de diciembre, TOL 4654737), pues si no «*en otro caso, [el acusado] se vería sometid[o] a una probatio diabolica de los hechos negativos*» (STS 140/1991 de 20 de junio, TOL 80554). Se podrían excluir aquellos hechos que el propio acusado y coacusado aleguen y requieran prueba por ellos, sin perjuicio de que hagan uso de su derecho a guardar silencio y no declarar, en cuyo caso, se sigue estando en el mismo punto de partida: la carga de la prueba no recae sobre el acusado sino sobre el acusador.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, V.: *op. cit.* pág. 519.

⁴⁶ BARONA VILAR, S.: “La prueba (I)”, en AA.VV (MONTERO AROCA, J.M.): *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 380.

⁴⁷ NIEVA FENOLL, J.: *op.cit.*, pág. 402.

La STS 884/2014, de 26 de diciembre, expone en qué términos hemos de entender la carga de la prueba en el proceso penal. De una manera simple y clara explica *«que el acusado (como en general el imputado) aparte algunas cargas procesales inevitables, frente a la hipótesis acusatoria no está obligado a nada, de modo que respetando los tiempos del proceso puede administrar sus recursos defensivos de la forma que mejor le parezca»*. Seguidamente explica que una de las opciones es la formulación de una hipótesis alternativa, siempre que la dote de pruebas suficientes, como otra de las opciones es *«la simple negación o impugnación frontal de lo afirmado de contrario tachándolo de inveraz. Se ha de aclarar que este último supuesto abre la posibilidad de aportar material probatorio que invalide la argumentación de la acusación, que la tenga por inverosímil o «por no acontecida en absoluto»*. De la misma manera que también se dijo en el apartado anterior y se vuelve a recordar que, otra opción es simplemente no aportar prueba alguna, acto que no se le puede reprochar, ni tampoco puede perjudicarle negativamente; y a *sensu contrario*, si estas aportan pruebas de cargo y suficientes y el acusado no, ha de atenerse a las consecuencias de soportar una sentencia condenatoria.

Siendo posible la participación en el proceso penal de varias partes acusadoras ostentando todas ellas la carga de la prueba, hay que señalar que tratándose de delitos públicos la participación relevante y necesaria es la del Ministerio Fiscal, órgano imparcial, que vela por el cumplimiento de la legalidad y de las garantías constitucionales (art.124 CE) frente a las demás partes acusadoras (acusación particular y popular), que actúan con parcialidad buscando demostrar la culpabilidad del encausado, el Ministerio Público tiene como objetivo *«esclarecer la realidad tanto como el juez»*⁴⁸. Es por ello que la LECrim le otorga importancia a su participación en la fase investigadora de un proceso, equiparando a la del órgano instructor, que como dice FERNÁNDEZ LÓPEZ *«es una búsqueda al servicio del Ministerio Fiscal, de modo que la exhaustividad con la que se realiza provoca importantes dilaciones»*.⁴⁹ Esta privilegiada posición a la que se refiere la autora anteriormente citada se achaca a que el acusador público ejerce el *ius puniendi* del Estado y por ello se le otorgan facultades fundamentales que equilibran los intereses contrapuestos entre el resto de acusadores contra el acusado. Por lo tanto, no tiene más que la obligación de *«desplegar una actividad probatoria en el proceso que*

⁴⁸ NIEVA FENOLL, J.: *“La razón de ser de la presunción de inocencia”*, InDret, Barcelona, 2016, pág. 10.

⁴⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *op.cit.*, pág. 387.

*sirva para que la realidad, condenatoria o absolutoria, aparezca»*⁵⁰, que es realmente, el objeto de su labor profesional.

Como corolario, se ha dicho que son las partes acusadoras las que tienen la obligación de proponer los medios de prueba y formular una petición de condena para el encausado, pruebas que tienen que haber sido practicadas con contradicción en el acto del juicio oral. Cuando el órgano jurisdiccional las valore y determine que son pruebas de cargo suficientes la presunción de inocencia quedará desvirtuada y el fallo será condenatorio. Pero si las pruebas no cumplen tales requisitos queda a salvo la presunción de inocencia debiendo el órgano jurisdiccional dictar sentencia absolutoria dada su obligación de resolver siempre (prohibición de *non liquet*). Así, cuando el Juez o Tribunal no tiene suficiente convicción de la culpabilidad del acusado a pesar de que «*crea en la culpabilidad de una persona, pero existan pruebas insuficientes contra ella, (...), pese a que es posible verdaderamente que sea culpable, dado que el hecho de que no hayan aparecido pruebas no quiere decir, en la realidad, que una persona no sea responsable de un hecho*»⁵¹ se va a ver obligado a aplicar el principio *in dubio pro reo*.

El Tribunal Supremo lo configura como una norma de interpretación, en la que, a pesar de poder haberse realizado una actividad probatoria normal, el Juzgador se inclina ante una tesis que beneficia al acusado porque cree que hay dudas, tanto en su participación, como en alguno de los elementos del tipo penal⁵². Este principio de *in dubio pro reo* desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de prueba de cargo o cuando la practicada no reúne las garantías procesales y se estaría vulnerando si el Juez o Tribunal dictase sentencia condenatoria teniendo dudas respecto la prueba de la autoría. No es un derecho del acusado y, por ello, tiene un campo de acción más reducido que la presunción de inocencia⁵³. De hecho, es frecuente que estos se confundan y se haga alusión a la presunción de inocencia⁵⁴, sin embargo esta aparece antes de la sentencia, mientras que el *in dubio pro reo* surge únicamente cuando se tengan dudas.

Contrario al planteamiento del Tribunal Supremo, FERNÁNDEZ LÓPEZ identifica la manifestación del *in dubio pro reo* con la presunción de inocencia, por integrarse el primero con el segundo como parte del derecho fundamental que conforman⁵⁵. Por ello,

⁵⁰ NIEVA FENOLL, J.: *op.cit.*, pág. 10.

⁵¹ NIEVA FENOLL, J.: *op.cit.*, pág. 403.

⁵² GARCÍA SAN MARTÍN, J., *op.cit.*, pág. 448.

⁵³ STS (Sala Segunda) de 26 de mayo de 1999 (TOL 1283).

⁵⁴ ATS (Sala Segunda) 11 de octubre (núm. roj. 1045/1990).

⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ.M.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 417.

y a pesar de que se le haya relegado como un mero principio informador de la decisión judicial, «*lo cierto es que la exigencia de que la culpabilidad del acusado se encuentre respaldada por prueba de cargo suficiente, no es más que la objetivación del estado de duda que debe llevar al juez a dictar una sentencia absolutoria cuando la prueba no sea suficiente, de manera que indirectamente se ha incorporado en el núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia la regla in dubio pro reo*»⁵⁶.

En conclusión, el principio de aportación de parte, inherente al sistema acusatorio⁵⁷, permite que la carga de la prueba recaiga en las partes acusadoras porque son ellas las que pretenden demostrar la culpabilidad del acusado. Cuando estos obtengan un material probatorio de cargo y suficiente el tribunal fallará a su favor dictando una sentencia condenatoria. *A sensu contrario*, cuando el material probatorio no tenga la cualidad de desvirtuar la presunción de inocencia se aplicará el principio *in dubio pro reo* porque la culpabilidad no ha conseguido ser probada.

IV. LA DECLARACION DEL ACUSADO

Bajo la expresión declaración del acusado se pueden incluir diferentes actos procesales, cuya nomenclatura varía según la fase del proceso y, que formalmente se concreta en el interrogatorio del investigado, del procesado o encausado y del acusado. Tiene el objetivo de descubrir material probatorio que sirva esclarecer los hechos delictivos y, a la vez, es una manifestación del derecho de defensa del acusado (art.24.2 CE), asistiéndole tanto el derecho de confesar y avanzar la investigación como a guardar silencio. Es por ello que la unanimidad de los autores lo caracteriza como un acto mixto de investigación y defensa⁵⁸.

Aparece en el proceso penal español en el siglo XIX con el objetivo de mermar el principio inquisitivo y el carácter secreto del proceso a pesar de que el acusado no participaba activamente y solo se pretendía su confesión, que encarnaba la *regina probatorum*⁵⁹ del proceso penal español. Con el tiempo el legislador prestó atención a la demanda de consolidación de los derechos de los procesados, como la aparición del derecho a la

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ GIMENO SENDRA, V.: *op.cit.* 595.

⁵⁸ GIMENO SENDRA, V.: *op.cit.* pág. 313.; GÓMEZ COLOMER, J.L.: “Lección Novena. Los actos de investigación garantizados (I)”, en AA.VV (MONTERO AROCA, J.): Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 219.

⁵⁹ GIMENO SENDRA, V.: *op.cit.* pág. 240.

tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa letrada o, como se ha expuesto, el derecho a la presunción de inocencia, dando lugar a una regulación del interrogatorio del ahora investigado (persona física, por supuesto) como un acto de investigación ante el Juez en la fase instructora.

Desde entonces esta ha sido y es la única regulación legal expresa en nuestro derecho positivo, establecida en los artículos 385 a 409 LECrim, si bien, más adelante se hará referencia a dos de los proyectos de nuevo Código Procesal Penal (las de los años 2011 y 2013), configurando la declaración del investigado o encausado de maneras diferentes.

4.1. En la fase preliminar como acto de investigación

La declaración del **investigado** está dirigida contra una persona a quien se le imputan unos hechos presuntamente delictivos. Es un acto procesal complejo⁶⁰ porque consiste en emitir una declaración de conocimiento de unos hechos presuntamente delictivos a consecuencia de un interrogatorio policial o del Ministerio Fiscal. En la LECrim se contempla la declaración de investigado en sede judicial sin hacer referencia o una regulación expresa de la que pueden llevar a cabo tanto la policía como el Ministerio Fiscal con carácter preliminar.

Desde que se tiene conocimiento de la comisión de un hecho presuntamente delictivo, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden proceder a extender atestado con las «*primeras diligencias*» o «*actos de prevención*» a los que se refieren los artículos 13 y 282 de la LECrim. Estas se pueden definir como las que consignan las pruebas del delito, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación, la de identificación y detención al presunto responsable del delito, además de la de proteger a las víctimas, testigos y sus respectivas familias. Estas primeras diligencias pertenecen, con base a las competencias otorgadas a la policía judicial en materia de investigación, a una «*fase preprocesal o preliminar*» (que a pesar de no estar regulada de una manera muy clara), no es más que «*[aquella] que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía*» (STS 622/2019 de 17 de diciembre, TOL 7672038).

⁶⁰ ROMERO COLOMA, A.M.: *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Reus, Madrid, 2009, pág. 29-30.

Lo que se quiere destacar es que, tras iniciar una investigación y encontrar a un presunto responsable se procede a tomarle por primera vez declaración, el primer interrogatorio, previa información de sus derechos, entre otros, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derecho a la asistencia letrada y entrevistarse con su abogado antes de la toma de declaración, artículos 118 y 520 LECr.

Se ha de recordar que la tarea de la policía es la toma de material que incrimine a un sospechoso y es por ello señala GUTIÉRREZ SANZ que *«a la hora de valorar el contenido de una diligencia policial, se ha de partir de lo que se ha venido en denominar «matices inquisitivos de las diligencias policiales», que se derivan de la propia actividad policial al intentar subrayar los datos incriminatorios que aparecen en la investigación y que quiebran la necesaria objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda operar con eficacia probatoria en el juicio oral para configurar una condena»*. En este sentido, IGARTUA SALAVERRIA pone en relieve que el funcionario policial *«pregunta lo que quiere y como quiere buscando algo; no a lo que salga como si le fuera indiferente el resultado del interrogatorio»*. Al fin y al cabo, los agentes de policía que lleven a cabo el acto de investigación tienen como misión descubrir el hecho delictivo, por lo que no tienen una actitud puramente imparcial dentro del proceso. Han de recordar que la imparcialidad se dirige hacia las personas que se ven afectadas por la investigación y por ello lo deben de tratar como presunto inocente.

En cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal, hay que comenzar con el mandato del artículo 5.2 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que establece *«para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que este legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer, adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva»*. El Ministerio Fiscal, como órgano imparcial y ostentador del *ius puniendi*, ha de ordenar diligencias y actos de investigación con el objeto de esclarecer hechos hipotéticamente criminales para formular una acusación o proponer el sobreseimiento. Y es que dentro de las diligencias que puede practicar esta tomarle declaración del sospechoso, donde *«el Fiscal recibirá (...) [a] quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas»*. En este sentido se ha de mencionar el artículo 773.2 LECrim, donde *«el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación*

judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal».

El Ministerio Fiscal puede tomar la declaración al sujeto pasivo del proceso y para practicarla habrá de citarle por medio de Decreto. En esta resolución habrá de especificar la condición por la que emplaza, si es en calidad de testigo o de sospechoso, además del motivo y del uso de defensa letrada, el cual es preceptivo incluso en esta fase preprocesal (arts. 520 y 118, en relación con el 771.2 LECrim, previsto para el procedimiento abreviado). En palabras de GUTIÉRREZ SANZ «*la declaración del investigado no puede realizarse sino es previa información de sus derechos y siempre asistido de un letrado, de su elección o de oficio*»⁶¹. Además se le advertirá sobre las consecuencias de su renuncia a comparecer, que puede, como se ha dicho, acarrear que el Fiscal acuerde su detención.

Una vez terminada su declaración se le dará la opción de leerla tanto al sospechoso como a su letrado. Si se efectuara protesta alguna por este y el Ministerio Fiscal estuviera en desacuerdo se consignará un acta de la declaración. Esta acta será firmada por todos los intervinientes y se entregará una copia al sospechoso⁶².

4.2. En la fase de instrucción como diligencia de investigación

El objetivo de esta diligencia, al igual que lo es la que se practica ante la policía o el Ministerio Fiscal, es «*la averiguación de los hechos y (...) la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos*» (art. 389). El articulado de la LECrim hace mucho énfasis en la naturaleza investigadora de la diligencia, anunciando, por ejemplo que el órgano judicial «*hará que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos*» (art. 385) o para que el investigado «*s[ea] siempre interrogado sobre cualquier otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad*» (art. 391) y como ya se ha expuesto anteriormente, también es un acto de defensa perfecto para que el investigado trate de esclarecer lo acontecido. Esta primera declaración de investigado en sede judicial recibe la denominación de «*indagatoria*».

⁶¹ GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *op. cit.* pág. 163

⁶² GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *op. cit.* pág. 166.

Comienza con la citación regulada en el artículo 486 LECr., en la que se explica su llamamiento al proceso en calidad de sospechoso. Si no compareciera a esta citación, sin causa justificada, podrá ordenarse la detención. En esta primera declaración se formulan las preguntas denominadas «*generales de la ley*» (art. 388). El sospechoso habrá de presentarse, diciendo «*su nombre, apellidos paterno y materno, apodo, (...), edad (...)*», como también aclarar su situación personal como su «*naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio o modo de vivir, si tiene hijos*» y también datos relevantes de carácter jurídico, como «*si fue procesado anteriormente, por qué delito, ante qué Juez o Tribunal, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo por que se le ha procesado*». La finalidad de estas preguntas no es otra que dar a conocer la investigación al sospechoso, tanto su existencia, como la imputación⁶³, además de hacerle saber que es el sujeto pasivo de la instrucción. Además la indagatoria es el requisito para poder formular la acusación contra una persona determinada porque ya se tendrá un mínimo de información precisa para saber qué hechos se imputan y contra quién⁶⁴.

Tras las generales de la ley, se formularan al investigado cuantas preguntas se consideren necesarias, de una manera directa, sin incurrir en un modo capcioso o sugestivo (art. 389). Se pretende la mejor claridad posible. Anuncia el artículo 389 que «*tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza*» y continúa el artículo 391 con «*el Juez podrá ordenar al procesado pero sin emplear ningún género de coacción*». Por tanto se prohíbe la tortura (art. 15 CE) y si se produjera podría ser fundamento para una prueba prohibida o ilícita, inutilizable para el Tribunal y con derivadas responsabilidades para quienes la ejerzan⁶⁵. Lo anunciado lo amplía y aclara la Directiva 2016/343 de 9 de marzo cuando habla en el considerando 20, sobre la abstención de la presentación de los sospechosos «*mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes (...)*». Su objetivo es evitar que el sospechoso reciba un trato que perjudique su posición y lo prejuzgue como culpable.

El procesado podrá declarar cuantas veces quieran las partes, a petición del Juez de Instrucción o incluso de él mismo (arts. 385, en relación con el art. 400 LECrim). Si se dieran contradicciones o retractaciones, será nuevamente interrogado para aclarar la situación (art. 405 LECrim). En ningún caso se podrán hacerse al procesado cargos ni

⁶³ LÓPEZ YAGÜES, V: “Actos de investigación (I)”, en AA.VV (ASENCIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 174.

⁶⁴ *Ídem*. Pág. 175.

⁶⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L.: *op.cit.* pág. 220.

reconvenciones, ni se le leerá parte alguna del sumario más que sus declaraciones anteriores, si lo pidiere, a no ser que el juez hubiese autorizado la publicidad de aquel en todo o en parte (art. 396 LECrim).

Las respuestas se darán de forma oral y libre (art. 390 LECrim), sin perjuicio de que el Juez permita su contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, además de la posibilidad de acceder a apuntes o notas, ponerle en manifiesto de los objetos que constituyen objeto del delito o de aquellos que el Juez de instrucción considere conveniente, incluso visitar el lugar de los hechos para que pueda declarar correctamente (art. 399 LECrim). En relación con tales objetos se le preguntará sobre su procedencia, destino y razón de haberlos encontrado en su poder. Además, la declaración se podrá hacer en español o en alguna de las lenguas cooficiales con posibilidad de asistencia de un traductor en el caso de que no hablase ninguna de ellas. Aunque el procesado se rehusé a contestar o finja alguna causa de exención de la responsabilidad, esta deberá de verse justificada posteriormente, para lo que el Letrado de la Administración de Justicia tomará nota, la cual será confirmada por el Juez de Instrucción. La investigación continuará mientras se verifica este dato. La duración de la declaración se hará constar en acta, incluyendo tanto las preguntas como las contestaciones (art. 401 LECrim), sin tachaduras o enmiendas (art. 403 LECrim). La declaración será leída, tanto por el acusado o en su defecto el Letrado de la Administración de Justicia cuando finalice (art. 402 LECrim) y firmada por todas las personas presentes (art. 404 LECrim).

Resulta de importancia lo dispuesto en el artículo 393 LECr la suspensión del interrogatorio cuando este se haya prolongado mucho en el tiempo o el número de preguntas sea tan considerable que se hubiera perdido la serenidad de juicio para contestar. Esta suspensión se realizará por el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma, haciéndose constar en el acta la duración de la indagatoria. Con esta manifestación se pretenden evitar las «*maratones judiciales*»⁶⁶, que desde un punto de vista psicológico no son recomendables ni para el interrogado ni para el Juzgador. El exceso de tiempo o preguntas, unido al posible uso de fármacos para mantener al sujeto pasivo despierto, afectan directamente a la atención que es el elemento aprehensor de la información y de las funciones psicológicas relacionadas con la decisión de las respuestas que se quiere dar; se puede producir una modificación de los mecanismos relacionados con la motivación y una

⁶⁶ ALARCÓN ALCARAZ, J., CAMPANER MUÑOZ, J.: “*Límites y efectos de la perpetuación de la declaración del imputado: aspectos médicos y jurídicos*”, Diario la Ley, nº7832, 2012, pág. 3.

disminución de a la capacidad de evaluación de la pregunta-respuesta, hasta la restricción de la capacidad de inhibición⁶⁷.

4.3. La confesión

La confesión o declaración autoinculpatória se regula de manera diversa tanto en la fase instructora, como en la de enjuiciamiento y se define como aquella declaración, tanto del acusado como del coacusado, donde admite la participación en el hecho delictivo.

En la fase instructora se contempla en el artículo 406 LECrim donde se determina la actitud que ha de tomar el Juez de Instrucción, quedando vinculado a continuar con el procedimiento y a la práctica de demás diligencias. Tendrá que interrogar al confeso para obtener la mayor cantidad de datos posibles sobre los hechos, la autoría y participación y, en definitiva, de todo aquello que sea de relevancia para la formación de la causa.

Mientras, en la fase enjuiciadora, se encuentran los artículos 688 y siguientes, cuyo título parece que puede arrojar algo de luz: «*De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables*», si bien, realmente lo que regula es la posible conformidad del procesado, regulación que no se aplica aunque no está derogada porque la conformidad solo está prevista para el procedimiento abreviado (art. 787) y enjuiciamiento rápido (art. 800 y ss.). La conformidad parte de un presupuesto diferente, pues si bien la confesión es una manifestación afirmativa de comisión del hecho delictivo, la conformidad consiste en el allanamiento a las peticiones de pena de los acusadores. Y es que aunque el encausado se confiese autor de los hechos que se enjuician no tiene porqué conformarse con las penas solicitadas. Explica COQUILLAT VICENTE la diferencia entre ambas figuras, destacando que «*la conformidad no sólo se manifiesta sobre los hechos como sucede con la declaración del acusado y la eventual admisión de su participación en el acto criminal sino sobre el escrito de acusación en su integridad, «conformándose» así el acusado tanto con la versión de los hechos y las responsabilidades imputadas como con la pena solicitada*»⁶⁸.

Careciendo de eficacia dicha regulación, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han marcado directrices sobre la toma y la valoración de la confesión del acusado. Lo primero consistió en darle una seguridad jurídica a la institución y comenzó por aplicar la regulación de la indagatoria como modo de práctica de la confesión en la

⁶⁷ *Ídem*, pág. 2.

⁶⁸ COQUILLAT VICENTE, A.: *El proceso penal*, TOL 20.237, Tirant lo Blanch, Valencia, pág.1.

que a través de preguntas o de declaración estilo narrativa, el sospechoso accede a contar los entresijos desconocidos para los órganos instructores e investigadores.

No hay que olvidar que al acusado le siguen asistiendo su derecho a guardar silencio, por lo que una confesión arrancada a través de la violencia y coacciones podría ser considerada prueba ilícita. El artículo 11.1 LOPJ observa que *«no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»*. Sentencias del Tribunal Supremo como la 721/2014 de 15 de octubre (LA-LEY 158705/2014) exaltan que, sobre la falta de información sobre sus derechos a la información o a la asistencia letrada (vulnerando los arts. 118 o el 520.2 LECRIM), versará análisis de *«si dichas actuaciones revisten o no los requisitos para ser consideradas pruebas de cargo válidas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia»*. Continúa diciendo que la validez de la confesión *«dependerá en todo caso de que no se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, debiendo declararse su nulidad si dicha vulneración se ha producido, siendo necesario determinar posteriormente, en cada caso, los efectos de esta nulidad sobre otras pruebas derivadas»*.

Uno de estos derechos de fácil violación es el de defensa letrada⁶⁹. El acusado ha de ser informado de su derecho de designación de un letrado de confianza o de oficio que lo defienda. El papel del letrado en este momento es de importancia porque la defensa de su cliente incluye que la toma de la declaración inculpatoria se realice sin vulneración de sus derechos. Los funcionarios no podrán recomendar ningún abogado, sino que el encausado ha de elegir uno de su propia elección o se le asignará uno de oficio (art. 520.5 LECr).

Los tribunales establecen cierta cautela a la hora de *«tomar en serio»* todo lo que digan el acusado y el coacusado. Una de estas cautelas es a la que ya se ha hecho referencia en el artículo 406 LECrim que obliga al Juez de Instrucción a continuar con la investigación (incluso por muy creíble que pueda parecer el reconocimiento de los hechos por el investigado), y otra, es dotar de objetividad externa a la declaración para reforzarla. Es decir *«de lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación»*⁷⁰. Se conforma

⁶⁹ STS (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2018 (núm. rec. 189/2018).

⁷⁰ STC de 27 de septiembre de 1999 (núm. rec. 2.294/1995); (ECLI: ES: Tribunal Constitucional: 1999:161).

una garantía de credibilidad al proceso, pues demuestra el tendente abandono del principio inquisitivo hacia un mayor apoyo al principio acusatorio y a la verdad material que puede subyacer tras la confesión. ASENSIO MELLADO acentúa que una condición indispensable para creer en la declaración autoinculpatoria es la verosimilitud y para ello ha de ser *«prestad[a] con plena libertad tanto de conciencia, cuanto de autodeterminación, esto es, libertad en la voluntad misma de prestar la declaración y libertad en el contenido de lo que se manifiesta»*⁷¹.

Así que, para que las declaraciones autoinculpatorias puedan ser valoradas como pruebas de cargo suficientes no solo han de haber sido tomadas respetando las garantías procesales y ser verosímiles sino que han de ser tomadas en instrucción de una manera espontánea. La sentencia anteriormente referida del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015 (*LALEY 158705/2014*) da una definición a *sensu contrario*, donde *«no es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas [en este caso], por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes»*. Se entienden espontáneas todas aquellas que, siendo realizadas frente a un funcionario son libres y voluntarias, sin que la autoridad recurra a preguntar, o mejor dicho, a interrogar al sospechoso, sino que el encausado, de *motu proprio* y de manera consciente, decide confesarse como autor o partícipe de los hechos delictivos.

4.4. En el juicio oral como medio de prueba

Como el resto de medios probatorios, la declaración del acusado puede practicarse en el plenario. Realmente, el proceso penal en sus orígenes no estaba dirigido a que el acusado hablara o fuera escuchado por el Juez o el Tribunal en su fase decisoria, sino que simplemente, se dirigía a la obtención de la confesión a toda costa. De hecho, la regulación existente de cuándo y cómo ha de practicarse esta prueba no aparece en la Ley Procesal Penal española. Se encuentra regulado como medio probatorio en los artículos 688 y siguientes LECr que, como ya se expuso, se refieren a la antigua conformidad del proceso ordinario. Ante este vacío, se practica el interrogatorio del acusado en el plenario siguiendo la regulación prevista para la indagatoria (arts. 385 a 409 LECr), si bien, lo

⁷¹ ASENSIO MELLADO, J.M: “Las partes en el proceso penal (ii). Partes acusadas”, en AA.VV (ASENSIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 83.

realmente importante es que se valorara por el órgano jurisdiccional como prueba que permita desvirtuar la presunción de inocencia.

Independientemente de lo que haya podido ocurrir en las diligencias previas o el sumario, el encausado puede negarse a declarar. También es lógico que pueda operar el derecho al silencio solo respecto de ciertas preguntas que el acusado no desee contestar, puesto que él o su defensa las consideran perjudiciales para sus intereses. En ningún caso puede valorarse negativamente el silencio por sí solo, sino cuando aparece más material probatorio capaz de cuestionar la presunción de inocencia. ROMERO COLOMA recuerda que el aforismo español «*el que calla otorga*» no puede aplicarse en «*el punto de vista estrictamente jurídico-procesal*»⁷², pues el silencio es una estrategia de defensa más que pueden adoptar el acusado y su letrado.

La valoración del silencio ha de ser neutra, no siendo un indicio de culpabilidad, salvo que exista una sólida base probatoria donde el Juez o Tribunal pueda arrancar una evaluación⁷³. Añade el Tribunal Constitucional que «*puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación*», y es que cuando este no las da «*permite concluir, (...) que si el acusado no ha querido contestar es porque no existe ninguna explicación posible; porque, sencillamente, el acusado es culpable*»⁷⁴. Al final, la presunción de inocencia se enervará con más facilidad cuando existan otras pruebas donde se dilucide su participación en los hechos y la cronología de los acontecimientos, además «*callar ante determinadas preguntas en aras de un derecho fundamental al silencio puede, en más de una ocasión, ser origen de sospecha más vehemente contra el detenido o imputado*»⁷⁵.

Un supuesto distinto es que el silencio se haga valer solo en el juicio oral habiendo prestado declaración en la fase instructora en la que se ha aportado información. La STS 1442/2000 de 20 de septiembre aclara que «*el acusado que ya había declarado en el sumario con todas las garantías es instado a que declare en el juicio oral, [y e]n [el]*

⁷² ROMERO COLOMA, A.M.: *op.cit.* pág.22.

⁷³ APARICIO DÍAZ, L.: «Aproximación a las especialidades procesales previstas en el artículo 46.5 LOTJ desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿Qué ocurre cuando el acusado se niega a declarar en el juicio oral?», *Diario La Ley*, nº7444, Sevilla, 2010 pág. 13-14.

⁷⁴ *Ídem.*

⁷⁵ ROMERO COLOMA, A.M.: *op.cit.* pág.23.

ejercicio de su derecho el acusado no declara y las partes acusadoras se ven imposibilitadas de practicar una prueba (art. 730 Ley Procesal) acordando su incorporación, por testimonio, de las declaraciones del acusado en la instrucción». Esto desemboca a una contradicción entre aquellas declaraciones y el supuesto de silencio en el juicio oral, haciendo que, una vez más, el Juez o Tribunal pueda acceder valorar el silencio del acusado⁷⁶, porque le otorga vulnerabilidad.

Por tanto, la solución propuesta por el Tribunal Supremo ante la negativa a declarar del acusado, habiéndolo hecho previamente en el sumario o en las diligencias previas, es la reproducción en el juicio oral de las mismas. Y es que el derecho a guardar silencio no puede pretender anular las declaraciones realizadas en una fase anterior y el valor de estas cuando haya una negativa a declarar⁷⁷. No es culpable porque hace uso de su derecho a guardar silencio sino culpable porque, habiendo declarado en sumario y ahora guardar silencio en el juicio oral, existen otras pruebas incriminatorias de las que no aclara su origen.

Entonces, ¿es capaz la declaración del acusado, por sí sola, de desvirtuar la presunción de inocencia? La respuesta es no. La declaración del acusado no puede enervarla ya que no tiene credibilidad ni fuerza suficiente por sí sola, para convencer al Tribunal de su participación de hechos.

En cuanto a la práctica de la declaración del acusado se realiza a través del sistema de interrogatorio cruzado o *cross examination*, donde son las partes las que comienzan el interrogatorio bajo la dirección del órgano de enjuiciamiento que tiene potestad para rechazar preguntas impertinentes (art. 683 LECr). Esta importación del derecho estadounidense no permite a las partes hacer preguntas más allá del testimonio ofrecido durante el examen directo realizado por la parte que lo ha propuesto⁷⁸. Es decir, el acusado podrá declarar y ser preguntado por su defensa por lo que él desee (examen directo), pero los acusadores solo se le podrá preguntar respecto de los hechos que relate y no de los que no (examen indirecto). La técnica del interrogatorio cruzado no se encuentra pensada para la declaración del acusado, sino para la de los testigos, regulado en el artículo 708 LE-Crim, por lo que, una vez más, se aplica por analogía a la declaración del acusado.

⁷⁶ APARICIO DÍAZ, L.: *op. cit.*, pág. 13-14.

⁷⁷ MAGRO SERVET, V.: “El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción”, *Diario La Ley*, nº 6421, 2006, pág. 10.

⁷⁸ MAGRO SERVET, V.: “La técnica del «cross examinamos en el juicio oral» por los abogados”, *Diario La Ley*, 2019, pág. 2.

Por último, se produjo un gran debate respecto al valor de las declaraciones que eran tomadas en las dependencias policiales, que en muchos casos no eran ratificadas en sede judicial. Por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006 se resolvió que *«las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia»*. Nueve años más tarde, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de 3 de junio de 2015 aclaró que las declaraciones ante los funcionarios policiales carecen de valor probatorio y no pueden operar como corroboración de medios de prueba. Estos no pueden ser contrastados por la vía del art. 714 LE-Crim, ni tampoco ser usados con prueba preconstituida, como regula el art. 730. Añade este acuerdo que *«cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias»*. Queda claro que, existiendo medios de prueba con datos suficientemente objetivos como para desvirtuar la presunción de inocencia, podrán acompañar a la declaración incluida en el atestado para darle valor probatorio. Además incluye que *«para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron»*.

4.5. La declaración del acusado en los proyectos de reforma LECriminal

La incompleta y obsoleta regulación que se contiene en nuestra LECriminal de 1882 sobre la declaración del investigado-acusado hacen necesaria, junto con otras razones que no se examinan en este trabajo, una nueva regulación de esta institución e incluso mejor la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal.

4.5.1. Anteproyecto de 2011

Lo primero que sorprende de este Anteproyecto de 2011 (a partir de ahora, ACP 2011) es que el legislador ha cambiado completamente la estructura del proceso, regulando cuatro fases concretas: una etapa preliminar en la que el Ministerio Fiscal es el director de la instrucción en coordinación con la Policía Judicial que estará a sus órdenes para evaluar los hechos acontecidos; una fase de investigación, donde el Tribunal de Ins-

tancia, encabezado por el Juez de Garantías atiende a lo investigado por los órganos anteriores y practica las diligencias y medidas propuestas por estos, para ir determinando los hechos constitutivos de infracción penal; una fase intermedia, donde se depura el proceso ante el Juez de la Audiencia Preliminar; y una fase decisoria ante otro Juez o Tribunal perteneciente a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, que practica la prueba y produce el fallo.

El ACPP 2011 comienza regulando, en el Título II del Libro I, a la parte investigada, dejando atrás la peyorativa nomenclatura «*imputado*» recogiendo en los artículos 31 a 33 los derechos del acusado, resaltando una regulación expresa de la presunción de inocencia, recogiendo lo dispuesto por la jurisprudencia y doctrina respecto de sus requisitos⁷⁹. El artículo 33 se referirá a los derechos del de guardar silencio, no declararse culpable y no declarar contra sí mismo, entre otros, que posteriormente se regulan en cada caso concreto en cada diligencia. Aparece incluso el derecho a aportar pruebas de descargo que se quieran hacer valer por parte del sujeto pasivo del proceso.

Destaca en este Anteproyecto el papel del Ministerio Fiscal como órgano instructor, con intervención del Juez de Garantías, cuando haya que adoptar alguna medida restrictiva de derechos fundamentales, *v.gr.* la práctica de la detención del sospechoso por el Ministerio Fiscal se ha de poner en conocimiento del Juez, poniendo al investigado a disposición de este (art. 168.4). El Ministerio Fiscal será quien tome «*la declaración del investigado*», teniendo la posibilidad de delegar su práctica en la Policía Judicial, que aplicará las mismas normas que el Ministerio Fiscal (art. 254). La declaración se podrá hacer en el acto de primera comparecencia (art. 464) cuando sea citado a través de diligencia del Fiscal competente, que además ha de ser realizada en las siguientes 48 horas.

Su práctica no se diferencia mucho de la actual, con la salvedad de la eliminación de las preguntas generales de la Ley, por la simple identificación del investigado, y seguidamente se procede a realizarle directamente las preguntas encaminadas a la averiguación de los hechos y de su participación por él u otras personas. De la misma manera se prohíbe el juramento o promesa del investigado, aunque se le advierte de la responsabilidad que podrá incurrir en delito «*si atribuye falsamente a otro la comisión del delito*» (art. 251.2). Por supuesto, al igual que el artículo 389 de la actual LECrim, se prohíbe el uso de medios coercitivos, además de regular más adelante la inutilidad de las pruebas

⁷⁹ Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2011, artículo 32.2: «*nadie podrá ser condenado sino en virtud de pruebas de cargo válidas y suficientes, que permitan al tribunal alcanzar, más allá de toda duda razonable, la convicción sobre la culpabilidad del acusado*».

ilícitas y prohibidas (arts. 547 y 548, respectivamente). Cuando la práctica de la declaración se prolongue en exceso, se suspenderá concediendo el tiempo necesario para que todos se calmen. Siempre estará asistido de defensa técnica y ha de ser informado de sus derechos, de una manera comprensible, antes de empezar.

Aparece una regulación de la documentación de la declaración, a través de acta escrita, donde constarán los nombres de los asistentes y el contenido de la misma, además de las observaciones y protestas del abogado defensor del investigado. Este podrá leerla al terminar o en su defecto lo hará el Fiscal por él. Será firmada por todos los asistentes, constando también si el sospechoso se negase. Para su mejor reproducción posteriormente será grabada a través de un soporte técnico apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, transcribiéndose cuando se solicite por el Fiscal o las partes. Además, el investigado podrá declarar cuantas veces quiera, pero antes deberá solicitarlo al Ministerio Público, justificando las razones que lo motivan (art. 249.4.)

En el artículo 253 aparece la confesión bajo el rótulo *«reconocimiento de los hechos»*, con el objetivo de que el encausado reconozca su participación, primero ante el Fiscal durante la declaración y luego comparecer ante el Juez de Garantías *«para que la reitere en la forma establecida para el aseguramiento de fuentes de prueba»* (art. 253.1). Ante el Juez de Garantías se comienza con la manifestación espontánea de los hechos por el investigado, las partes y el Fiscal pueden realizar preguntas o pedir aclaraciones a través del Juez. Y al igual que la LECrim *«la confesión del investigado, salvo que se formule solicitud de que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con lo establecido en esta ley, no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación de aquel»* (art. 253.3).

Más adelante, en el Libro IV, en especial en el Capítulo II del Título III, se regula la práctica de la prueba, cuya característica principal es haber sido pedida por las partes y posteriormente admitida por el Tribunal. Ello no es excepción para la declaración del acusado, que ha de ser propuesta por la defensa técnica (art. 583) en cualquier momento del juicio, siempre que no haya terminado la fase probatoria (art. 567.5). La novedad en esta regulación es la alteración del orden de la práctica de la prueba porque la declaración del acusado se practicará en el último lugar, prohibiéndose que se le oiga primero. Se hace énfasis en que le siguen asistiendo los derechos a guardar silencio y no declarar, de tal manera que no lo tiene que hacer si no lo desea e incluso cuando lo haga, podrá no contestar algunas preguntas y no pudiendo el Tribunal rechazar su intervención en ningún

caso. Decae el valor probatorio de este medio si el abogado defensor no solicita su práctica.

Esta será únicamente presencial, prohibiendo la declaración por videoconferencia (art. 584.1) a diferencia de la LECrim, que sí lo permite en el 731 bis. La declaración comienza con las preguntas que formule su defensor y posteriormente el resto de partes, incluido el Tribunal que puede pedir aclaraciones de por sí. Además, se establece un turno final de preguntas por la defensa para establecer la credibilidad del acusado o la veracidad de la declaración (art. 584.3). La ACPP 2011 hace mención de la practica conforme a la técnica del interrogatorio cruzado, pues comenzaría a interrogarle su defensa y posteriormente el resto de partes (584.4).

Se puede extraer del Anteproyecto que todas las preguntas serán del estilo interrogatorio, es decir, las partes formulan preguntas breves y claras que el acusado ha de contestar. Por tanto, no cabe el relato de los hechos estilo declaración narrativa, donde se relaten todos los hechos sin interrupción. Esto opera tanto para el encausado, como para los testigos.

4.5.2. Anteproyecto de 2013

El Anteproyecto del 2013 (denominado a partir de ahora como ACPP 2013) también nace bajo el objetivo de dejar atrás la LECrim y para ello utiliza parte de la regulación del ACPP 2011, llevándola un paso más allá. Ello se puede observar en la simplificación de los procesos regulados o en ampliación y concreción de los principios informadores del proceso penal.

El Proyecto comienza con un Título Preliminar (arts. 1 a 20) dedicado a explicar los principios inspiradores del proceso penal, con especial mención a los derechos del sujeto pasivo del proceso, como son el derecho a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo* (art. 6), el derecho de defensa (art. 7), el derecho al conocimiento de la acusación (art.8) o el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (art. 10). Este último regulará expresamente el impedimento a atribuir consecuencias perjudiciales a la negativa a la declarar por el acusado, consolidándose de esta manera un amplio catálogo de derechos del investigado. La terminología optada por la ACPP 2013 para referirse al imputado será «*encausado*», a diferencia del otro Proyecto que varía a lo largo de la fase procesal («*investigado*, «*acusado*» o «*encausado*»). Hay que apuntar que también aparecerá una mención específica al encausado en los artículos 46 y siguientes, partiendo de

una definición que incluye tanto a personas físicas como jurídicas y estableciendo obligaciones como la de comparecer en juicio cuando sea citado (art. 48.1).

Se destacaba antes las similitudes entre ambos proyectos, porque en el ACPP 2013 también se dará la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal. Este órgano estará acompañado de la Policía Judicial, que constituye parte orgánica del mismo (art. 80), abriendo la puerta a una legislación propia para regular las funciones y participaciones de este cuerpo en el proceso penal. La Policía Judicial formaría un atestado con valor de denuncia (art. 86) donde pone en conocimiento al Fiscal de lo acontecido y de las posibles pruebas tomadas, para que este practique lo conveniente.

Desde que aparezcan indicios contra *«una persona, grupo o ente determinado»* el Ministerio Fiscal citará a una primera comparecencia al encausado, para comunicarle la imputación. Esta será realizada por él mismo (art. 260.2), a través de una citación, dictada con *«antelación suficiente al acto de declaración»* (art. 260.3). El ACPP 2013 seguidamente menciona que en el momento de ser citado, el encausado recibirá un resumen de los hechos objeto de delito elaborados por el Fiscal, o bien otro documento donde ellos consten (denuncia, querrela o atestado); será informado de su derecho a **designar** un letrado, por sí mismo o de oficio y será advertido de que su incomparecencia acarreará su orden de detención.

Al inicio de la declaración será instruido en sus derechos y será informado de los hechos que se le imputan, su posible calificación jurídica y los motivos de la imputación, además de pedirle que designe un domicilio para realizar notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, *«con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada tendrá plenos efectos y permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 52»* (art. 263.2). El encausado tendrá derecho de entrevistarse con su abogado tanto antes como después de la declaración, teniendo derecho a consultar las actuaciones y diligencias, además de poder obtener copia de las mismas, siempre que no se haya decretado su secreto.

Las preguntas de la Ley aparecen en este Anteproyecto en el artículo 264, estableciendo que simplemente se harán constar las mismas como parte de la declaración. Junto con ellas se acreditará la identidad y edad del encausado (art. 265), datos que aunque no se confirmen en ese momento, no demorarán el proceso. A continuación se produce la declaración del encausado, que se practicará a través de un interrogatorio para averiguar los hechos, su participación y la determinación de circunstancias relevantes

para la valoración de su responsabilidad (art. 266.1º). Para la práctica, se le enseñarán los objetos constituyentes del cuerpo de delito y otros de importancia en el proceso, para que los reconozca y conteste las preguntas correspondientes sobre los mismos. El régimen de las preguntas será el mismo que en la LECrim: preguntas directas, prohibidas las capciosas y sugestivas, sin emplear coacción o fuerza, incluyendo en estas la administración de fármacos, la hipnosis, el engaño o amenaza, incluso prometerle ventajas no amparadas en la Ley o hacer uso de dispositivos que valoren la certeza de la declaración, *v.gr.* el famoso detector de mentiras. Las respuestas serán orales, pudiendo el Fiscal autorizar que se consulten notas o apuntes en su presencia. Y como es lógico, cuando se prolongue de forma excesiva, se dará tiempo para descansar.

Es novedoso que el artículo 267 regulará el lugar donde ha de practicarse la declaración, que será donde la Fiscalía competente tenga su sede. Si esto no se cumple, es decir, porque el acusado resida en otro partido judicial, se podrá comisionar al Fiscal del lugar donde se encuentre el encausado (art. 267.2 letra A), tomar la declaración por videoconferencia (letra B) o trasladarse al lugar donde se encuentre (letra C). La declaración se podrá tomar en el domicilio del encausado si este se encontrara impedido.

Todo será documentado en un acta (art. 268.1) consignados la fecha, hora y nombre de los asistentes, además de proceder a su grabación en video y sonido. En el caso de que no estuvieran disponibles se consignarán tanto las preguntas como las respuestas. Esta grabación será utilizada solo para los fines del proceso, pudiendo las partes pedir copia, prohibiéndose el mal uso de estas. Cuando su uso no sea más necesario en el proceso, habrá de devolverse a las manos del Fiscal. En el acta se harán constar todas las manifestaciones que el encausado haya realizado para su exculpación, además de las protestas y reclamaciones de su abogado. Llegado el fin de esta diligencia de investigación, el encausado y su letrado serán informados de su derecho a leer la declaración o solicitar su lectura, que posteriormente se firmará por todos los intervinientes. Si el encausado se negare a firmar, se hará constar la causa.

Termina esta sección con el artículo 269, que bajo el rótulo «*confesión y reconocimiento de los hechos por el encausado*», mencionando esta institución. Esta abre la puerta a la conformidad inmediata (que de hecho, aparece en los artículos sucesivos) cuando el acusado acepte o acuerde con el Ministerio Fiscal la pena o, si este no acepta el Fiscal seguirá recabando material probatorio.

A pesar de que el Fiscal sea el órgano director de la investigación, el Juez de Garantías también colaborará autorizando las diligencias y medidas relativas a la posible vulneración de los derechos fundamentales, como por ejemplo, cuando haya que realizar una exploración u observación de la cavidad vaginal y rectal del encausado (art. 283), cuando haya que grabarlo (art. 324) o para la práctica del registro y entrada en domicilio (art. 338).

En cuanto a la práctica de la prueba, regulada en el Libro IV, Título V, Capítulo IV, Sección 1ª, se rompe con el orden establecido por el ACPP 2011, manteniendo el actual de la LECrim: comenzando la defensa y luego los acusadores. Todas las pruebas han de ser propuestas y admitidas para poder ser practicadas, salvo la declaración del encausado (que mantiene su nombre en esta etapa) que puede ser pedida por la defensa y admitida en cualquier momento, siempre que no haya terminado esta fase y sin posibilidad de ser rechazada por el Tribunal. De hecho, ninguna otra parte podrá pedir su declaración (art. 448.3).

La declaración del acusado como medio de prueba (arts. 448 y 449) será realizada durante el turno de la defensa, tras la práctica de todo su acerbo probatorio. De nuevo se recuerda en el apartado 4 del artículo 448, que la falta de petición de la declaración no puede ser valorada por el Tribunal, como tampoco la negativa a contestar alguna pregunta. Cuando su abogado defensor finalice proseguirá el Ministerio Fiscal y tras este el resto de partes, en el mismo sentido en lo explicado en el artículo 266.

El método de solventar las contradicciones realizadas durante la declaración es coherente con lo explicado. La parte que esté interrogando pedirá al Tribunal que proceda a leer o enseñar el acta o las grabaciones de la declaración en la fase investigadora. Estas extraerán de la Carpeta del Ministerio Fiscal, se reproducirán y luego se devolverán a aquel. Serán reproducidas por el «*Secretario Judicial*» y el Tribunal invitará al encausado a explicarse. El ACPP 2013 termina esta regulación explicando la valoración de esta prueba y el alcance que tiene, afirmando que en ningún caso será prueba de cargo que enerve la presunción de inocencia mas, cuando se produzcan contradicciones y estas hayan sido manifestadas en el plenario «*podrán ser integradas en la apreciación probatoria en el momento de valorar la credibilidad del encausado*» (art. 449.3).

V. LA DECLARACIÓN DE LOS COACUSADOS

Habiendo analizado la declaración del acusado y el alcance que tienen sus palabras o su silencio en el proceso penal, no se puede ignorar a aquellos compañeros que lo ayudaron a la comisión del hecho delictivo: los «*coimputados*» o los coacusados. Al igual que ocurre con la declaración del acusado no existe regulación legal que reconozca su valor probatorio teniendo que recurrir a lo que ha señalado la jurisprudencia al respecto.

Por lo tanto su catalogación dentro de las pruebas reguladas en la LECrim se hizo complicada porque ninguna aúna las características que la declaración del coacusado tiene. Es un medio de prueba donde un presunto coacusado declarara respecto a su participación y la de sus compañeros en un hecho delictivo porque «*ha tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados*»⁸⁰. A eso se le suma que, como acusado, tiene derechos a los que acogerse para declarar en el sentido que más le beneficie, por lo que la credibilidad que esta pueda tener es claramente sospechosa.

Se puede comparar la declaración del coacusado con la prueba de confesión y la prueba testifical. Su comparación con la confesión no plantea problemas y es de fácil descarte: una confesión ha de tener un contenido autoincriminatorio y no sobre lo que realiza un tercero copartícipe en los hechos⁸¹.

Es con la prueba testifical donde más discusión se ha producido porque a pesar de que el coacusado ha observado la ejecución de los hechos, no es testigo en el sentido estricto. El coacusado no es un tercero que de manera directa o indirecta presencié los hechos, sino que participó activamente en ellos y así es como se ha convertido en parte. A este estatus de parte pasiva en el proceso le acompañan los derechos de guardar silencio y no incriminarse a sí mismo que son completamente incompatibles con el deber de veracidad y declaración bajo juramento que deben de cumplimentar los testigos (arts. 433 y 434, respectivamente). Es por ello que la jurisprudencia configura la institución del «*testimonio impropio*», defendida por autores como ALONSO PÉREZ que señalan que el coacusado tiene conocimiento de los hechos que se están enjuiciando y que por tanto «*constituyen esa mínima actividad probatoria precisa para desvirtuar la presunción de inocencia*»⁸².

⁸⁰ STS (Sala Segunda) de 9 de mayo de 2019, (núm. rec. 10455/2018).

⁸¹ COQUILLAT VICENTE, A.: *El proceso penal: El testimonio de coimputados*, Tirant Lo Blanch, TOL: 20239, pág. 1.

⁸² ALONSO PÉREZ, F.: «*El testimonio del coimputado*», *Diario La Ley*, 2000, Pág. 2.

Estas consideraciones hacen que la declaración de los coacusados sea sospechosa⁸³, por ello la doctrina ha configurado que cualquier tipo de declaración, que no sea corroborada y puesta en relación con el resto del acervo probatorio, no puede tener fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La STS 871/2015 de 20 de diciembre (ECLI: ES: TS: 2015:5846) lo confirma, *«las declaraciones de los coinvestigados (coacusados) carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos»*.

En consecuencia, para que sea valorada como prueba de cargo única han de concurrir dos requisitos. Lo primero, es que la corroboración no ha de ser plena, sino mínima⁸⁴. Esta significa que no puede equipararse a la necesidad de una prueba directa o indiciaria, como explica la STC 57/2009, de 9 marzo (Tol 1468366), *«la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una pruebas sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado»*. Lo segundo, implica preguntarse qué hay que entender como una corroboración en términos generales, *«más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no»*⁸⁵.

En definitiva, cuando se quiere valorar la declaración de un coacusado como prueba única, se han de tener en cuenta determinadas consideraciones, que sentencias como la STS 4/2020 de 16 de enero (TOL 7805379) resume:

- a) *«la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;*
- b) *la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;*

⁸³ STC (Pleno) de 17 de marzo de 2001 (núm. rec. 3860/1998)

⁸⁴ STS (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2015 (núm. rec. 10367/2015).

⁸⁵ STS (Sala Segunda) de 16 de enero de 2020 (núm. rec. 2062/2018).

- c) *la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;*
- d) *se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y*
- e) *la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso».*

Una vez está confirmada la corroboración objetiva, se dota de verosimilitud a la declaración, para que esta tenga un contenido razonable y lógico, quedando aclarados los hechos y la determinación de la participación del coacusado. Tras esto se pasa a evaluar una corroboración subjetiva, que como su nombre indica, evaluará las condiciones del acusado. Tales elementos subjetivos extraídos de la STS como la 241/2019 de 9 de mayo (TOL 7223831), son los siguientes:

- a. **La personalidad del delincuente delator:** se tratará de valorar las características de la personalidad coacusado, con el objetivo de dar una imagen de quien declara. Algunos de estos son el carácter, patologías psíquicas, antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia...
- b. **Relación del delator con el coacusado que inculpa:** determinar la relación existente entre los coacusados y de si esta es contractual, financiera u obligacional. Establecer tal vínculo es importante para poder motivar las diferentes reacciones entre los coacusados, sean estas de exculpación o inculpa, porque en cualquier caso pueden ser relevantes para el caso.
- c. **Si la declaración fue precisa, clara y contundente:** es evidente que cuanto mayor sea la claridad y coherencia de la declaración, unida a otros datos que corroboren la línea argumental que se está siguiendo por el coacusado, esta será más creíble y puede evaluarse positivamente por el órgano enjuiciador.
- d. **Examen de existencia de móviles turbios o inconfesables:** en este punto se pretende clarificar aquellos testimonios falsos o juicios de intención a los que se le puede restar credibilidad, como el odio personal, la venganza, obediencia a terceros, sobornos... Estos juicios han de ser valorados de una manera muy cuidadosa, pues no tienen por qué ser admitidos por el propio coparticipante, sino que se difieren de los datos recabados. Para que el Tribunal los aprecie, es bastante con que existan.

- e. **El ánimo de buscar la autoexculpación:** este dato añadido a la valoración no debería de plantear problema cuando el coacusado simplemente se confiesa culpable de los hechos. El inconveniente aparece cuando la finalidad del delator es exculparse, mientras culpa a otro coacusado, habiéndose de acudir a otras pruebas para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados.

Aparece una problemática en la jurisprudencia cuando se va a tomar como referencia la declaración prestada en la instrucción frente a la prestada en el plenario, ya sea: porque el coacusado se ha acogido a su derecho a no declarar, porque este ha confesado y esta ha de corroborarse o porque aparezcan contradicciones que requieran de aclaración. Para ello primero la STS 623/2018 de 5 de mayo (TOL 6958074) plantea la solución de evaluar con ciertos requisitos la incorporación de la declaración del coacusado tomada en el sumario y posteriormente la reciente 35/2020 de 6 de febrero (TOL 7744188) aplica los mismos conceptos básicos, pero se especializa cuando se producen contradicciones entre una declaración y otra.

Para la incorporación al plenario de la indagatoria del coacusado ha de ser evaluable en un sentido objetivo, *«susceptible de ser valorada como material probatorio, (...) que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual esta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción»*⁸⁶. Para ello se ha de insertar en el juicio oral a través de lo dispuesto en el artículo 714 LECrim⁸⁷, permitiendo a las partes someterla a contradicción y debate. Este juicio de contradicción es importante, tanto que si resulta fructífero *«el órgano de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella sea sometida en el juicio a contradicción»*⁸⁸. Seguidamente ha de observarse que la declaración se haya realizado conforme las observancias que rige en la indagatoria: prestada ante el Juez de Instrucción competente, reuniendo las garantías procesales y constitucionales que protegen al derecho de defensa del acusado. Además, la exigencia

⁸⁶ STS (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2018 (núm. rec. 189/2018).

⁸⁷ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid nº 260, 17 de septiembre de 1882, artículo 714: *«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. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe»*.

⁸⁸ STS (Sala Segunda) de 6 de febrero de 2020 (núm. rec. 2062/2018).

de la contradicción ha de obligar a la lectura debe recaer sobre los aspectos esenciales del testimonio, v.gr. contradicciones o retractaciones.

La incorporación al juicio oral ha de realizarse a petición de cualquiera de las partes, incluyendo al tribunal de oficio (art. 708.2 LECrim). Como señala la sentencia 623/2018, *«como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral»*.

Cuando estas declaraciones del coacusado son autoinculpatorias en sumario, es preciso que, si se niega a declarar en el juicio oral, el Ministerio Fiscal inste, en ese momento, a la lectura de la declaración sumaria para elevar la confesión al plenario y dotarla de validez⁸⁹. Lo contrario implicaría que no se han introducido en el juicio oral y por eso el Tribunal no las puede valorar como si fueran pruebas válidas y de cargo.

En relación con la exigencia formal de la lectura en el plenario, se considera suficiente que las diligencias sumariales hayan aparecido con el procedimiento del artículo 714, o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente con unas preguntas y respuestas relativas a las declaraciones sumariales, manifestando las contradicciones obtenidas en el juicio oral. Se afirma en la STS 35/2020 (TOL 7744188) que *«no es requisito exigible que se haya constar formalmente la necesidad de la lectura de las declaraciones sumariales, sino que si durante el interrogatorio del plenario salen a relucir las declaraciones sumariales frente a las que está realizando en ese mismo acto el tribunal podrá utilizar la contradicción y valorar una u otra en el sentido que estime conveniente, y razone debidamente, para declarar, o no, la responsabilidad penal del acusado»*. En ningún caso podrá ser traída la lectura de manera sorpresiva desde el sumario sin pasar por el aro del debate del juicio oral y menos aún que se incorpore en el relato de los hechos probados. No es suficiente que quede *«por reproducida»*: ha de manifestarse en el juicio oral y debatirse.

En el caso específico de las contradicciones entre las declaraciones del coacusado, también se comienza recalando la importancia de realizar una primera valoración de la declaración emitida en la fase de instrucción. De esta manera se puede confirmar las anunciadas contradicciones del coacusado y surge la posibilidad de asumir la declaración

⁸⁹STS (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2018 (núm. rec. 189/2018).

prestada ante el Juez de Instrucción. Para ello antes hay que traerla al juicio oral y permitir la contradicción y la publicidad.

En consecuencia, para que las declaraciones incoherentes del coacusado sean aclaradas, el tribunal ha de valorar los motivos que existen para que el coacusado haya decidido emitir las y aquellos por los cuales se ha preferido mentir, serán objeto del interrogatorio. También se evaluará la existencia de una coartada que cubra a alguno de los otros encausados en el proceso, motivadas por la enemistad, interés o cualquier otra razón.

Los requisitos que habrá de evaluar el tribunal para poder confirmar la existencia de las contradicciones son los siguientes:

- «*Que exista una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial, no simplemente declaración policial*». Solo se tomarán en consideración aquellas declaraciones realizadas ante el Juez de Instrucción, donde media tal contradicción y mediación. Hay que recordar que las declaraciones tomadas por la policía son recogidas en atestados y que estos tienen valor de denuncia.
- «*Que se proceda a la lectura de la declaración sumarial, a petición de cualquiera de las partes como establece el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECrim.)*», o bien que se hagan constar las contradicciones entre las declaraciones sumariales y las del plenario.
- «*Que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el coacusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral*». El coacusado es sujeto pasivo en el proceso penal y le asisten un derecho de defensa, que se debe de garantizar en todo momento, incluyendo al aclarar las contradicciones apreciadas y explicarse en los términos que le parezcan.

Una vez hayan sido incorporada la declaración tomada en el sumario, para opere como una prueba de cargo el tribunal ha de acompañar con pruebas o circunstancias de su convencimiento, apoyándose en una verosimilitud o «*credibilidad objetiva*»⁹⁰ que ha de estar corroborada por circunstancias periféricas u otros medios probatorios, haciendo

⁹⁰ *Ibidem.*

especial hincapié en que los hechos no pudieron ocurrir de otra manera. Además habrá de razonar el motivo expreso por el que se asume una de las declaraciones frente a la otra, porque el Tribunal no presencié la declaración del coacusado tomada ante el Juez de Instrucción. En este sentido termina la argumentación explicando que *«la situación que contemplamos en virtud de la cual el tribunal puede valorar en mayor medida una declaración realizada ante el juez instructor antes que la que ante él mismo se ha practicado resulta, cuanto menos, de una explicación profunda y razonada. El tribunal prefiere más una declaración de la misma persona que es distinta radicalmente a la que esta misma hace posteriormente ante el propio tribunal»*⁹¹.

VI. CONCLUSIONES

Con este Trabajo de Fin de Grado he pretendido exaltar la importancia del derecho a la presunción de inocencia y la estrecha relación que tiene con la declaración del acusado y coacusado. No se puede dudar de la influencia que ha tenido el derecho a la presunción de inocencia en las leyes procesales españolas, porque ha ido consolidando un entramado jurídico que protege al acusado de los abusos que se han cometido en el nombre de la justicia en épocas pasadas. Sería una afirmación falaz decir que en el siglo XXI en España el acusado carece de derechos, estando a la vista la extensa normativa que se ha promulgado para asegurar su posición como parte pasiva del proceso. Y aunque *de iure* se haya cristalizado este camino, realmente no lo ha hecho *de facto*, porque aún quedan todos los perjuicios derivados de verse inmerso en el proceso y con ellos esas penas de telediarario, donde los medios de comunicación dan, muchas veces sin conocimiento jurídico alguno, opiniones relativas al contenido de las diligencias, autos, sentencias e incluso de derecho penal material.

En este sentido los Anteproyectos de 2011 y 2013 hacen una labor estupenda reforzando los derechos del acusado y coacusado. De hecho el ACPD 2011 explica en su Exposición de Motivos este entramado *«estatuto del investigado»*, haciendo que el Ministerio Fiscal sea el órgano que vele por los derechos de defensa del investigado y no dejando de lado al Juez de Garantías, que también vigila que todo se cumpla perfectamente. Si cualquiera de los proyectos hubiera salido adelante no habría duda de que la

⁹¹ STS (Sala Segunda) de 6 de febrero de 2020 (núm. rec. 2062/2018).

presunción de inocencia hubiese alcanzado su mayor auge, pues se ha enfatizado y dejado más que claro su importancia.

También se hizo una gran labor codificadora para la prueba principal de la que versa este trabajo: la declaración del acusado. Aunque también he de añadir que cualquier regulación que se fuera a aprobar, en comparación con la actual, sería más que satisfactoria, ya que es sorprendente que en 138 años que tiene la LECrim ninguna fuerza política se haya preocupado en desarrollar y aclarar las cuestiones que los Anteproyectos hacen en apenas dos artículos, de una manera simple y clara.

Independientemente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han realizado una gran labor jurisprudencial y doctrinal respecto a la configuración de unas reglas que seguir ante esta incertidumbre jurídica, las cuales no trascienden más allá de la lógica jurídica. Es evidente que una declaración, ya sea del acusado o de sus compañeros no puede ser tomada como prueba de cargo, en un primer momento y que antes se habrá de evaluar las circunstancias en las que fueron tomadas (en el caso de que se traigan desde la instrucción para ser leídas en el plenario) y establecer una veracidad y coherencia en su contenido a través de pruebas externas y objetivas. Lo contrario sería obtener una sentencia cuyo fallo condenatorio estaría motivado en una prueba sin solidez alguna, porque como se ha recalado en diversas ocasiones, el acusado y coacusado tienen derecho a guardar silencio, a no incriminarse y a no declarar contra sí mismo, y que a veces se pueden traducir en un derecho a mentir por su parte. Nadie quiere ingresar voluntariamente en una prisión, sea cual sea el delito cometido y se dirá lo necesario para no hacerlo. Incluso cuando sí se afirme la comisión del hecho delictivo y su intención de avanzar la causa, hay que tener cautela al respecto, pues la presunción de inocencia no vence en el momento en que el acusado y coacusado se declaran autores o coautores en el hecho delictivo. Lo único que puede enervar a la presunción de inocencia serán pruebas de cargo y suficientes, y tampoco una confesión, mientras no sea corroborada, lo es.

Por tanto, he podido comprobar a lo largo de este estudio que la declaración del acusado y coacusado no es, a primeras, una prueba suficiente y de cargo, pero ello no implica que no tenga transcendencia en un proceso penal, como acto de investigación y de defensa y como medio para que los sujetos pasivos tengan voz.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN ALCARAZ, J., CAMPANER MUÑOZ, J.: “Límites y efectos de la perpetuación de la declaración del imputado: aspectos médicos y jurídicos”, *Diario la Ley*, nº7832, 2012, págs. 1-2.

ALONSO PÉREZ, F.: “El testimonio del coimputado”, *Diario La Ley*, 2000, pág.2.

ASENCIO MELLADO, J.M.: “Las partes en el proceso penal (ii). Partes acusadas”, en AA.VV (ASENCIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

- “La prueba. Normas generales”, en AA.VV (ASENCIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

APARICIO DÍAZ, L.: “Aproximación a las especialidades procesales previstas en el artículo 46.5 LOTJ desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿Qué ocurre cuando el acusado se niega a declarar en el juicio oral?”, *Diario La Ley*, nº7444, Sevilla, 2010, pág. 13-14.

BARONA VILAR, S.: “La prueba (I)”, en AA.VV (MONTERO AROCA, J.M.): *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 380.

BELLOCH JULBE, J.A, GUERRA SAN MARTÍN, J., TORRES Y LÓPEZ DE LACALLE, E.: “El Derecho a la Presunción de Inocencia (1)”, *Diario La Ley*, nº4, 1982, pág. 1184-1187.

COQUILLAT VICENTE, A.: *El proceso penal*, TOL 20.237, Tirant lo Blanch.

- *El proceso penal: El testimonio de coimputados*, Tirant Lo Blanch, TOL: 20239.

FERNÁNDEZ LÓPEZ.M.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Doctrina Penal Actualizada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil, I. El Proceso de declaración. Parte General*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

- *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2018.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: “*Presunción de inocencia*”, Teoría y Derecho, 2019, nº26, pág. 183-186

- “Lección Novena. Los actos de investigación garantizados (I)”, en AA.VV (MONTERO AROCA, J.): *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

GUTIÉRREZ SANZ, M.R.: *La declaración del sospechoso y del detenido en la fase preprocesal del proceso penal, ante la policía y ante el Ministerio Fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

IGARTUA SALAVERRIA, J., “La función probatoria de las declaraciones efectuadas en sede policial (Una involución doctrinal de la Sala Segunda TS)”, *DiarioLa Ley*, núm. 6714, 2007, pág. 8.

LÓPEZ YAGÜES, V: “Actos de investigación (I)”, en AA.VV (ASENCIO MELLADO, J.M.): *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

LÓPEZ GUERRA. L.: *La Constitución de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

LUZÓN CUESTA, J.M.: “La presunción de inocencia ante la casación”, *Diario La Ley*, nº4, 1988, pág. 969.

MAGRO SERVET, V.: “El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción”, *Diario La Ley*, nº 6421, 2006, pág. 10

- “*La técnica del «cross examinamos en el juicio oral» por los abogados*”, *Diario La Ley*, 2019, pág. 2

MONTERO AROCA, J.M.: “*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

NIEVA FENOLL, J.: “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret*, 2016, pág. 10-14.

- *Derecho Procesal III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

OUBIÑA BARBOLLA. S.: *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

OVEJERO PUENTES, A.M., *Comentario a la Constitución Española. Libro-Homenaje a Luis López Guerra. Tomo 1*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Presunción de inocencia no minimizada”, *Diario La Ley*, Tomo 4, 1983, pág. 1252.

ROMERO COLOMA, A.M.: *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Reus, Madrid, 2009.