

EL PODER DE LAS COSTUMBRES, ¿RÉQUIEM POR EL DERECHO AL SILENCIO?

OSCAR MORALES
Abogado*

El poder de las costumbres, ¿réquiem por el derecho al silencio?

El derecho a no declarar contra sí mismo, recogido en el artículo 24 CE, ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial sostenida que ha acabado por vaciarlo de contenido, convirtiéndolo, a su vez, en un elemento de extraordinario valor acusatorio. Los Tribunales Supremo y Constitucional han creado un cuerpo interpretativo conforme al cual, ejercer el silencio puede ser indicador de culpabilidad, al tiempo que la posibilidad de ejercer dicho derecho rebaja el valor probatorio de la declaración del acusado sobre la base de un pretendido derecho a mentir. Al tiempo, una inercia costumbrista no asentada en la legislación procesal permite que la acusación solicite la declaración del acusado como prueba, que sea esta precisamente la primera en practicarse al inicio del juicio oral, mientras el acusado es ubicado en el juicio en el centro de la Sala, desconectado de su letrado, certificando así la devaluación jurídica y fáctica de un derecho que constituye una conquista de libertad frente al poder público. La Constitución y la legislación procesal, sin embargo, contienen elementos suficientes para efectuar una lectura integradora del derecho al silencio que garantice su vigencia y utilidad como símbolo de libertad frente al poder público y herramienta sólida de defensa.

The power of court custom and usage. A requiem for the right to silence?

The right to silence has been undermined in the Spanish criminal law system. The case law of the Constitutional and Supreme Courts allows adverse inferences to be drawn from a defendant's silence to the extent that exercising this constitutional right can be detrimental to a defendant. These inferences serve both to bear out the grounds of a conviction based on successfully proving an accusation, or directly as the main evidence used to achieve a conviction. Moreover, the right to silence is devalued in court procedure, which usually entitles the prosecutor to request that the defendant be cross-examined first. In addition, defendants sit away from their counsels, preventing them from communicating throughout the trial. This notwithstanding, rethinking the rights to silence and not to self-incriminate from a constitutional and legal point of view, as opposed to case law and consuetude, is still possible.

1.- INTRODUCCIÓN

Si los derechos fundamentales se asientan sobre valores, su ejercicio no debería ser objeto de desvalor. Ni desde los poderes públicos (*lato sensu*, incluyendo por lo tanto el conjunto del poder judicial), ni, desde luego, tampoco socialmente. Algunos, sin embargo, son objeto de un claro deterioro social e institucional que degradan su eficacia hasta prácticamente vaciarlos de contenido, convirtiéndolos en mera formalidad.

La Constitución española, como texto que representa el pacto social entre ciudadanos, contiene un amplio catálogo de derechos, de los cuales solo algunos alcanzan la consideración de *fundamentales*. Son derechos sin cuyo ejercicio la dignidad, como atribución normativa, *ex* artículo 10, quedaría en mera declaración retórica de corte iusnaturalista.

El listado de derechos fundamentales que dotan de sentido a la autoatribución de dignidad sigue una lógica cualitativa: en primer lugar, los derechos per-

sonalísimos: vida, libertad, intimidad. El elenco continúa hasta llegar a las garantías procesales, es decir, derechos fundamentales que garantizan la dignidad del individuo cuando este se ve sometido a un proceso y, muy particularmente, a un proceso penal. Entre ellos, me ocuparé en este trabajo del *derecho a no declarar contra sí mismo* y *a no confesar-se culpable*, quizá uno de los derechos más devaluados institucional y socialmente (en este último caso, a través de los medios de comunicación).

El derecho a no declarar y a no hacerlo contra uno mismo rompe con la tradición inquisitiva anterior a la segunda mitad del XIX, desterrando cualquier atisbo de tortura en las declaraciones obtenidas de los individuos sometidos al proceso. Aquí finaliza el consenso. El valor y la eficacia reales que deban otorgarse a esta manifestación del derecho (pasivo) de defensa, puede ser analizado desde dos perspectivas fundamentales cuyos resultados son francamente divergentes.

Por un lado, es posible interpretar el derecho a permanecer en silencio como una garantía que impide al sujeto declarar coactivamente como testigo en procedimiento criminal contra sí mismo. Al introducir en la oración el término “testigo” se abre un condicionante de importancia mayúscula. El acusado

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona).

deja de ser objeto del proceso para ocupar el estatus de sujeto del proceso. La presunción de inocencia vuelca entonces todo su significado sobre el principio acusatorio y corresponderá a la acusación la presentación de pruebas suficientes para la acreditación de la culpabilidad, al margen del sujeto del proceso, siempre y cuando este decida mantenerse como tal. En caso contrario, y si el acusado desea ejercer una defensa activa, también reconocido como derecho fundamental (en nuestro sistema, bajo la declaración del artículo 24 CE: “...a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa”) podrá introducir su testimonio como elemento probatorio, sometido al principio de contradicción (examen cruzado por las partes) con obligación de decir verdad. Este es el sistema imperante en el derecho norteamericano, derivado de la quinta enmienda y su desarrollo jurisprudencial, fundamentalmente a través de los casos Griffin¹ y Carter².

Por otra parte, se ha interpretado el derecho a permanecer en silencio como una garantía que impide al sujeto declarar coactivamente como testigo en procedimiento criminal contra sí mismo, pero sometido a límites, que se concretarían en: (i) el silencio podrá operar como elemento de corroboración de la culpabilidad; (ii) la declaración del acusado no será considerada testifical, con reconocimiento incluso de la posibilidad (a veces denominada “derecho”) de mentir. Este es el sistema asumido por la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Este trabajo analiza las repercusiones del establecimiento de límites sobre la eficacia real del derecho a no declarar imperante en el sistema español. El objetivo es doble. Por un lado, tratará de demostrarse que, bajo la premisa poco discutible de la inexistencia de derechos absolutos en nuestro sistema, los límites establecidos por nuestra jurisprudencia y apoyados doctrinalmente vacían en realidad de contenido el derecho a no declarar, provocando al mismo tiempo un halo de desvalor en su ejercicio que se proyecta en los planos institucional (poderes públicos y, en particular, en el sistema judicial) y social (medios de comunicación). Por otro lado y contra lo que parecen verdades absolutas de la comunidad científica y la jurisprudencia, tratará de demostrarse, mediante los criterios hermenéuticos al uso, que un cambio de paradigma en

el entendimiento del derecho a no declarar no exige un cambio normativo (cuestión distinta es que sea deseable), pudiendo llegarse a un desarrollo pleno del derecho a través de una lectura integradora del artículo 24 CE y la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, “LECrim”).

2.- LÍMITES AL DERECHO A NO DECLARAR Y SUS CONSECUENCIAS

La normativa constitucional y procesal españolas presentan un contexto que ha favorecido la pérdida de eficacia real del derecho a no declarar contra sí mismo. Mientras la Constitución data de 1978, la LECrim es casi cien años más antigua, concretamente, de 1882. Y aunque la ley ritualaria ha sido objeto de múltiples reformas, las normas son hijas de su tiempo, y claramente los tiempos del siglo XIX poco o nada tienen que ver con los del XXI. En cualquier caso, la filosofía que inspiraba las reglas del enjuiciamiento en aquella época es difícilmente trasladable al momento presente. Valga la anécdota: mientras en 1882 moría el tristemente célebre atracador de diligencias de correo, Jase James, en 2014 el correo viaja a través del ciberespacio. El proceso penal como tal, la razón de fondo en que se inspira, está diseñado en nuestro país conforme a tradiciones propias del contexto socio-cultural que impregnaba el XIX, entre ellas, el inicio y desarrollo de las sesiones del juicio oral: desde la posición que ocupa cada parte en la escenografía del juicio, pasando por la declaración del acusado como primera prueba, hasta los límites en la valoración de sus manifestaciones y su eventual silencio.

Y precisamente en estas tres cuestiones descansa la responsabilidad última del deterioro del derecho a no declarar y a no hacerlo contra sí mismo:

(i) El valor de las manifestaciones del acusado y de su silencio. Dado que comúnmente se reconoce al acusado el derecho a mentir, no hay forma de discernir, como punto de partida, cuándo lo estaría haciendo; del mismo modo, si el silencio puede tener consecuencias negativas para el acusado, no se trataría ya del ejercicio de un derecho, sino de una trampa procesal. En suma, el pretendido límite al derecho a no declarar, en realidad, lo vacía de contenido, provocando graves desperfectos en el contenido material del derecho de defensa.

(ii) El momento de su declaración, cuestión que abarca también la legitimación para la proposi-

¹ Griffin vs. California, 380 U.S. (1965).

² Carter vs. Kentucky, 450 U.S. (1981).

ción como prueba de la declaración del acusado por las acusaciones pública, particular o popular. No solo parece contradictorio que reconociéndose al acusado el derecho a no declarar la primera prueba que se practique sea, no obstante, la de su declaración, sino que esa circunstancia, además, determina el sino del propio juicio oral: ni el acusado puede ya contradecir la prueba de acusación (porque aún no se ha practicado), ni por supuesto puede optar por su silencio si considera que la prueba en contra es débil o insuficiente.

(iii) La ubicación del acusado durante el rito de enjuiciamiento. De acuerdo con nuestra ancestral liturgia, el acusado se sienta en el centro, lejos de su defensa letrada, lo que le impide contrastar la razonabilidad o no de responder a las cuestiones planteadas en el interrogatorio de las acusaciones.

No es de extrañar, pues, que si los procesalistas, jueces, magistrados, fiscales y abogados no respetan los contornos que debería tener este derecho, socialmente tampoco esté en su mejor cota de valoración. La prensa conforma la opinión pública, por lo que esta, finalmente, acaba por tener una visión monocolor del derecho constitucional a no declarar. No son infrecuentes, en efecto, los titulares periodísticos o televisivos según los cuales o el acusado (o el imputado) “se negó” a declarar. Una proposición negativa en un titular sobre el ejercicio de un derecho constitucional proyecta la idea de que su vigencia es perniciosa. Estos titulares son especialmente nocivos en aquellos casos en que la noticia está relacionada con la investigación de crímenes violentos o que envuelven a menores en calidad de víctimas, pues el escalofrío social ante la tragedia convierte a los individuos en especialmente porosos a las fórmulas de reacción privada (la venganza) aun cuando carezcan de elementos de juicio bastantes para formarse una idea cierta sobre los hechos investigados y los verdaderos indicios con los que se cuenta. La vigencia del derecho acaba por ser perniciosa precisamente por su valoración negativa, “se negó”, como si la obligación moral que deriva de la presunción de culpabilidad que transmite su imputación debiera situarse en la escala de jerarquía normativa por encima de un derecho constitucional.

A continuación analizaremos el alcance y significado para la plena eficacia del derecho a no declarar de las tres cuestiones apuntadas, al tiempo que se

desarrollarán propuestas interpretativas de las normas vigentes para maximizar su ejercicio en términos constitucionales.

2.1.- El valor del silencio y de las manifestaciones del acusado

2.1.1 · El silencio como manifestación natural del derecho a no declarar, y su valor

Como principio general, el ejercicio de un derecho no debería castigar a quien lo ejerce. A partir de esta afirmación, puede aceptarse la idea de que todo derecho está sometido a límites y tensiones con otros derechos y, en consecuencia, no pueden tomarse en términos absolutos. La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ha entendido que el límite infranqueable a que se somete la plenitud del derecho a guardar silencio se encuentra en la posibilidad de extraer consecuencias negativas de dicho silencio. En resumen: no puede entenderse el derecho al silencio en términos absolutos. Como límite al ejercicio de ese derecho, se sitúan los casos en que el sujeto *debe* dar una explicación a los hechos o a su participación en ellos. Ejercido el derecho al silencio en esos casos, el silencio podrá ser utilizado en su contra.

Albergo pocas dudas de que este límite vacía el contenido del derecho. Los modos de expresarlo en la jurisprudencia constitucional son sutiles, pero su mera introducción en el debate procesal introduce una bomba de relojería en el sistema. Pues, desde el momento en que el ejercicio del derecho podrá o no ser efectivo, es decir, neutro para quien lo ejerce o perjudicial por ejercerlo, dependiendo de las circunstancias concretas del caso, no es posible ya enunciar un programa general de aplicación, validez y eficacia del derecho que cumpla con las exigencias de predicción y seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha vacilado en la intensidad del límite que concreta en la exigencia de explicaciones por parte del acusado.

Inicialmente, el Tribunal afirmó sin ambages que la respuesta a si el derecho a no declarar resulta vulnerado “*sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una*

explicación”³. La elocuencia del silencio, de manera que quien ejerce un derecho que trata de evitar la inducción o la coacción para la obtención de una declaración podría ser declarado culpable precisamente por ejercerlo. Es lo que algún autor califica de riesgo en el ejercicio de un derecho⁴.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional matizó su propia doctrina especificando que el recurso al silencio del acusado como elemento para formar la convicción condenatoria en el juzgador no podía constituir el único indicio en contra, sino que debía venir acompañado de otros. “Como quiera que, tal como se ha dejado dicho, en el supuesto actual no existe ningún otro elemento de prueba, la valoración negativa del silencio del recurrente ha quebrantado su derecho a la presunción de inocencia”⁵.

La condición para emplear el derecho ejercido contra quien lo ejerció, pues, es la existencia previa de otros indicios sobre la culpabilidad del acusado. Individualizados otros indicios —que por supuesto el Tribunal Constitucional no especifica en número ni calidad—, la manifestación natural del derecho a no declarar, esto es, el silencio, podrá ser utilizada en contra de quien lo ejerció.

La evolución del Tribunal Supremo ha sido inversa a la del Constitucional y los límites establecidos al derecho a no declarar han experimentado un claro *crecendo*.

Siempre dentro del establecimiento de límites al derecho a no declarar, el Tribunal Supremo, inicialmente, confirmaba la tendencia a la utilización del

silencio en contra del acusado, aunque *especificando* que el silencio sería empleado únicamente como corroboración de la culpabilidad del acusado ya asentada con carácter previo a través de otros mecanismos probatorios⁶. El matiz puede parecer relevante a primera vista, pues parece situar el silencio extramuros del ámbito probatorio válido para obtener la convicción condenatoria, pero la mera apelación al silencio como elemento de corroboración de la culpabilidad introduce una duda en el ejercicio del derecho que impide su ejercicio con arreglo a criterios de certeza jurídica *ex ante* predecibles. De hecho, cabría interrogarse por la necesidad misma de apelar al silencio del acusado para fundamentar una condena ya asentada en otros elementos condenatorios⁷, idea que parece más bien enderezada a aliviar el sentido de la responsabilidad por el desempeño de la función jurisdiccional, derivándola al ámbito del propio acusado⁸. Pero incluso esta explicación es insuficiente para entender la razón por la que el silencio sería un elemento corroborador de la culpabilidad del acusado, pues, aun cuando hubiera ofrecido una explicación alternativa, las pruebas de cargo ya se presuponen, en la tesis del Tribunal Supremo, como suficientes para fundamentar la condena.

Posteriormente, nuestro máximo órgano jurisdiccional incorpora el silencio como elemento indicia-rio sobre el que asentar la culpabilidad del acusado. De acuerdo con ello, el contenido nuclear del derecho a no declarar “es compatible con la posibilidad de valorar ese silencio como indicio inculpatario si el conjunto probatorio reclamaba una explicación por parte del imputado que éste injustificadamente rehúsa ofrecer.

3 STC 202/2000, de 24 de julio. Aún más claro en la STC 26/2010, de 27 de abril: “ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviere motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria”.

4 F. Ortego: “Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)”, *La Ley*, n.º 6418, 9 febrero 2006, p. 3. “El estudio del derecho al silencio de detenidos e imputados pone de manifiesto una circunstancia que a primera vista se presenta como contradictoria, pues aun tratándose del ejercicio legítimo de un derecho, la decisión de permanecer callado puede comportar un indudable riesgo que habrá de ser ponderado en función del valor que se le confiera a la negativa a declarar” (la negrita es mía). Comprendo que, como consecuencia del establecimiento de límites a un derecho, este pueda quedar devaluado, pero es conceptualmente difícil de asumir, *ex ante*, que el ejercicio mismo de un derecho pueda generar riesgos para la eficacia de ese mismo derecho ejercido.

5 STC 61/2005, de 14 de marzo.

6 Entre otras, la STS de 20 diciembre 2006 (RJ 2007, 387): “Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio”.

7 Contundente, J. Nieva: *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 254.

8 Claramente se observa este fenómeno en J. Hernández: “¿Puede valorarse probatoriamente el silencio del acusado o sus explicaciones inverosímiles (REGLAS MURRAY)?”, en *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Madrid, 2009, p. 77, para quien “el uso constitucionalmente compatible del silencio o de la explicación inverosímil lo que sugiere es un estándar de racionalidad”, de modo que el valor del silencio en casos de prueba acusatoria ya consolidada “no sería probatorio sino argumental”. La justificación del uso corroborativo del silencio derivado del derecho a no declarar no ayuda, a mi juicio, a permitir que éste alcance a desarrollar su núcleo esencial.

No es que se niegue el derecho del acusado a no declarar, ni que se le sancione por ello. Se trata sencillamente de inferir de ese dato la convicción de que el acusado alberga razones para ocultar determinados extremos y que esa actitud se explica perfectamente desde la hipótesis inculpatoria y sin embargo no encaja en absoluto con una supuesta inocencia”⁹.

Obsérvese que parecen existir situaciones en las que el silencio aparecería como razonable, diferentes de otras, observables caso por caso, en las que el silencio devendría “injustificable” y “no encaja en absoluto con una supuesta inocencia”, lo que permite no solo entender el silencio como corolario de la culpabilidad ya asentada, sino como indicio de culpabilidad en hipótesis en que la prueba de acusación no ha sido suficiente para asentar dicha culpabilidad.

Y, a mayor abundamiento, la sucesión de situaciones procesales en las que el derecho a no declarar contra uno mismo puede manifestarse acabará por convertirse en un nuevo elemento para limitar su alcance. Detenido, imputado y acusado pueden ejercer este derecho ante la policía, juzgado de instrucción y órgano de enjuiciamiento, respectivamente. No obstante, solo en el plenario puede hablarse propiamente de actos de prueba, mientras que en las etapas previas del procedimiento se trata de recolección de indicios suficientes para justificar la apertura del juicio oral. Pues bien, es doctrina consolidada que el silencio ejercido en el plenario será interpretado como contradicción a las declaraciones que el imputado hubiera podido prestar en instrucción, con el consiguiente valor probatorio de acusación que esa contradicción pudiera ejercer¹⁰.

Tan solo el procedimiento ante el Tribunal del Jurado permanecía impermeable a esta interpretación abrogante del derecho a no declarar, dada la prohibición expresa contenida en el artículo 45.6 de su Ley orgánica reguladora: “*las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados*”. Hasta la STC 151/2013, de 9 de septiembre, en la que se convalida la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual, sea cual fuere el tenor literal de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la unión al acta de las contradicciones (incluidas las que resultaren del ejercicio del derecho al silencio en plenario) otorga valor probatorio (también a efectos de condena) a las manifestaciones que quien se acoge a su derecho a no declarar ante el jurado hubiera podido realizar ante el juez instructor.

Esta situación contrasta con el purito en el derecho americano por preservar cualquier injerencia en el ámbito del derecho al silencio. Efectivamente, en aquel país la prohibición de aparejar cualquier consecuencia negativa al silencio comenzó de modo indubitado en 1964 con la resolución dictada por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Malloy vs. Hogan*¹¹. De acuerdo con la resolución, el derecho a no ser compelido a declarar como testigo en causa criminal que se siga contra uno mismo recogido en la Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana protegería “*el derecho de toda persona a permanecer en silencio a menos que elija declarar en el libre ejercicio de su propia voluntad*”, así como “*el derecho a no sufrir pena alguna como consecuencia del ejercicio del silencio*”¹². Apenas

⁹ STS 3 de septiembre 2013 [RJ 2013, 7713]. Pocas dudas genera el sentido de esta resolución. Más adelante, en todo caso, las disipa al relativizar también el alcance del derecho al silencio en otras instancias del proceso o anteriores a él: “*cuan-do el imputado calla ante la policía eludiendo toda explicación que luego sí tratará de articular en sucesivas declaraciones, la actitud inicial no necesariamente ha de interpretarse en sentido inculpativo (“el acusado tenía cosas que callar y necesitaba tiempo para elaborar una explicación”; “si hubiese sido inocente no hubiese vacilado en exponer su versión a los agentes”). En ese momento inicial, bien el consejo del letrado, bien la prudente espera hasta entrevistarse con su letrado pueden explicar ese silencio*”. A mi juicio, desde el momento en que el silencio puede ser justificado o injustificado, explicable o inexplicable, el derecho a no declarar queda vacío de contenido y se convierte en una trampa procesal para quien lo ejerce.

¹⁰ Con absoluta claridad, la STS de 20 diciembre 2006 [RJ 2007, 387]: “*Además, el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECrim, dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas*

(STS. 20.9.2000) y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECrim; unir testimonio de las anteriores manifestaciones inculpativas a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras”. Se muestran de acuerdo, F. Ortego: “*Consideraciones...*”, *op. cit.*, p. 12; V. Magro: “*El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción*”, *La Ley*, n.º 6421, febrero 2006, pássim. Crítica, en cambio, M. Lozano: “*El derecho al silencio del imputado en el proceso penal*”, *La Ley*, n.º 7925, septiembre 2012, p. 5. De especial interés es la reflexión epistémica de P.L. García Muñoz: “*Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados*”, en *Estudios sobre prueba penal*, Madrid, 2011, p. 7: “*El órgano judicial “ha de interpretar”, que no es sino asignar significado social y culturalmente admitido a aquello que declara el acusado. Si esto es juzgar, ¿por qué se ha de sustituir esta interrelación por otras históricas (ante el juez de instrucción, ante la policía) para llegar a conocer?*”.

¹¹ *Malloy*, 378 U.S. 1964.

¹² *Malloy*, 378 U.S. 8, 1964.

un año después, la sentencia del Tribunal Supremo en el conocido caso *Griffin*, aplicable a todos los Estados y no solo a un caso particular, confirmaba el criterio del caso *Malloy*, especificando que “cualquier comentario del Tribunal sobre el rechazo a declarar manifestado por el acusado constituye una pena impuesta por ese tribunal por el ejercicio de un privilegio constitucional¹³”, y estableciendo con ello la conocida doctrina de la prohibición de *adverse inference*. El círculo acabará cerrándose con la sentencia *Carter vs. Kentucky* en 1985, que ratifica la prohibición de inferencias perjudiciales del silencio y traslada al presidente del Tribunal la obligación de ilustrar al jurado sobre dicha prohibición¹⁴.

Los contrastes entre un sistema y otro no acaban aquí. La razón de fondo del Tribunal Supremo para sostener la posibilidad de obtener inferencias adversas del derecho a no declarar reside en la elocuencia que por sentido común derivaría del silencio¹⁵. El silencio es concluyente de la culpabilidad por sentido común, lo cual desconoce que el sentido común y la lógica jurídica no tienen por qué coincidir¹⁶. De hecho, el sentido común beberá de

la lógica jurídica si ese es el impulso que se genera desde los poderes públicos. En suma: si partimos de la imposibilidad de extraer inferencias adversas del silencio, el sentido común acabará por reconocer la razonabilidad de la omisión de explicaciones como elemento nuclear del propio derecho constitucionalmente reconocido: en ausencia de prueba suficiente, nada tiene que explicar el acusado, que continúa siendo un hombre libre cuya presunción de inocencia se mantiene incólume; en caso de prueba de cargo suficiente, el silencio es irrelevante para alcanzar la convicción condenatoria.

Sin embargo, al decantarse la jurisprudencia (constitucional u ordinaria) por el empleo del silencio como “corolario” de la culpabilidad ya asentada sobre otros indicios, ese derecho queda vacío de contenido, porque introduce una duda en su ejercicio que actúa de modo viral: no es posible *ex ante* asegurar al acusado que el ejercicio del derecho no jugará un rol, siquiera de corroboración, contrario a sus intereses procesales, por lo que el inicio de su interrogatorio tendrá un significado de invitación a la defensa activa.

Esto se agrava aún más en los casos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo introduce el silencio como indicio de culpabilidad, pues en estos casos no solo se multiplica el efecto viral anteriormente apuntado, pudiendo convertirse el ejercicio de un derecho en una estrategia suicida, sino que se compromete la vigencia de otros derechos íntimamente asociados a él, como la presunción de inocencia. El derecho a no declarar tiene sentido frente a personas inocentes que aún no han sido sometidas a proceso. Se garantiza que la presunción de inocencia no quebrará de modo ilícito, a través de la confesión obtenida mediante coacción o inducción de cualquier clase. Y la presunción de inocencia se proyecta sobre el principio acusatorio, de modo que quien acusa debe aportar el acervo probatorio suficiente para asentar un pronunciamiento condenatorio¹⁷.

¹³ *Griffin*, 380 U.S. 614, 1965

¹⁴ *Carter*, 450 U.S. 288, 303 (1981). *In extenso*, P.L. Hakes: “Criminal Procedure. Jury instruction on the failure of an accused to testify: a defense strategy. *carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288 (1981)”, *Western New England Law Review*, 1982, pp. 227 y ss. Por el contrario, en la jurisprudencia del TEDH parece considerarse un hito garantista la obligación de ilustrar al jurado sobre los casos en los que puede extraer conclusiones perjudiciales del silencio del acusado. Así sucede en *Beckles vs. United Kingdom*, de 8 de octubre de 2000

¹⁵ STS de 18 febrero 2010 [RJ 2010, 3500]: “Cuestión distinta es el alcance que en determinados supuestos pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario”. En tales casos, nos hallaríamos, según el Tribunal, ante una “situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible”. El origen de esta concepción jurisprudencial se encuentra en la doctrina del TEDH y, muy particularmente, en la emanada de la sentencia *Murray vs. United Kingdom*, de 8 de febrero de 1996, en la que se autoriza a extraer conclusiones negativas del silencio y se apela, igualmente, al sentido común para interpretar el silencio como falta de explicación alternativa.

¹⁶ Lo expresa con rotundidad la Sentencia *Griffin*, 380 U.S. 614, y lo sintetiza J. Bellin: *Reconceptualizing the Fifth Amendment Prohibition of Adverse Comment on Criminal Defendants' Trial Sentence*, (2010). Faculty Publications, Paper 1245, <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1245>, Vol.71:2, p. 246: “El tribunal (scil. en el caso *Griffin*) observa que la inferencia de culpabilidad efectuada desde el silencio del acusado “no siempre es... natural o irresistible”. Contrariamente a la lógica intuitiva de las

*normas de California objeto de la resolución, señala el tribunal, un acusado podría declinar adoptar el estatus de testigo en causa criminal contra sí mismo por razones completamente desconectadas de la culpabilidad o inocencia (por ejemplo, para evitar revelaciones relativas a condenas penales previas). A mayor abundamiento, el Tribunal del caso *Griffin* cita la venerable doctrina *Wilson*, según la cual acusados poco ávidos que afrontan la declaración como testigos de modo “excesivamente tímido” o “nervioso cuando encaran a otros” no pueden lidiar de modo seguro con dicho estatus de testigo”.*

¹⁷ J. Jackson: “Re-Conceptualizing the right of silence as an effective fair trial standard”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 58, p. 846.

El efecto dominó es claro cuando se ataca la vigencia del derecho a no declarar mediante la asociación de efectos adversos al silencio. En tales casos, no será la acusación quien deberá aportar por sí misma los elementos probatorios de los que dispone para la obtención del pronunciamiento condenatorio, sino que con menos acervo del exigido, podrá lograr dicha condena amparándose en el ejercicio de un derecho constitucional por el justiciable. Y, con esa menor carga probatoria será posible, a su vez, quebrar la presunción de inocencia. Ítem más, se invierten las posiciones tradicionales del acusatorio, obligando a la defensa, antes de tiempo, a descargarse de la acusación soportada. Antes de tiempo, en efecto, porque si el silencio se considera indicio de culpabilidad, existirán situaciones en las que los indicios ajenos al silencio podrían ser por sí mismos insuficientes y completarse con este. El único modo entonces de sortear la culpabilidad consistiría en romper el silencio ofreciendo (aun cuando los indicios aportados por la acusación no fueran bastantes) una explicación alternativa para evitar que el indicio definitivo venga determinado por ese silencio.

Y en esta desconexión jurisprudencial entre el derecho a no declarar y a la presunción de inocencia —ligada al principio acusatorio— descansa la causa de la abrogación del primero. Si, como abiertamente muestra el Tribunal Supremo, el silencio es una manifestación estratégica del derecho de defensa y no la consecuencia natural del derecho a no declarar en su íntima conexión con la presunción de inocencia y la obligación de aportar prueba suficiente de cargo para la obtención de una condena, entonces es claro que el resultado de esa estrategia favorecerá o perjudicará según el caso¹⁸. Pero bajo tales premisas, denominar límite a la posibilidad de emplear el silencio del acusado contra sí mismo

acaba siendo eufemístico¹⁹ y no resiste la comparación con los sistemas que han optado por blindar el derecho a no declarar frente a la tentación de emplearlo contra su titular²⁰. Incluso los detractores de la doctrina *Griffin* norteamericana no tienen empacho en reconocer el carácter *punitivo* de la atribución de efectos adversos al silencio²¹, sin necesidad de acudir, como sucede en nuestro país, a sofisticadas sutilezas argumentativas para evitar el reconocimiento del efecto adverso de efectuar inferencias sobre el silencio²².

Cuestión distinta a lo anterior es el efecto que el silencio, una vez aislado de límites que en realidad suponen su abrogación, pudiera llegar a tener

¹⁹ Sin ambages, P. Judges / J. Caribari: "Speaking of Silence: A Replay to Making Defendants Speak", *Minnesota Law Review*, 2011, p. 803: "Si la Quinta enmienda contiene el derecho al silencio en juicio, permitir inferencias adversas es incompatible con ese derecho". El trabajo es respuesta a quienes cuestionan la doctrina *Griffin* y derivada, en particular T. Sempsel-Jones: "Making Defendants Speak", *Minnesota Law Review*, 2009, pássim.

²⁰ De especial interés es la referencia al derecho procesal alemán que efectúa J.J. López Ortega: "Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007, p. 131, recordando que en aquel país no es posible extraer consecuencia jurídica alguna (menos aún, adversa) del silencio total del acusado, aunque sí del silencio selectivo.

²¹ T. Sempsel-Jones: "Making Defendants Speak", *op. cit.*, pp. 1339 a 1358. El autor diferencia entre efectos punitivos para el silencio y sistema de recompensas para quien renuncie al privilegio, como fórmulas para invertir la doctrina *Griffin*. Como ha recordado J. Jackson: "Re-Conceptualizing the right of silence...", *op. cit.*, p. 845 y 848, los detractores del derecho al silencio basan su crítica en la distinción entre procesados culpables e inocentes. El derecho al silencio, en realidad, "pone en peligro la condena de los culpables", especialmente cuando estos "se ocultan tras un muro de silencio". El acusado inocente nada tiene que perder al hablar, pues tras su inocencia ninguna contribución realizaría a la carga acusatoria, por lo que la presunción de inocencia tampoco se resentiría. En definitiva, quien no tiene el rabo de paja no tiene miedo a que se le queme, lo que serviría de argumento de legitimación para abrogar también el derecho a la privacidad o a la intimidad domiciliaria en supuestos de investigación criminal.

²² Para J. Hernández: "¿Puede valorarse probatoriamente el silencio del acusado...", *op. cit.*, p. 77, el riesgo para el contenido esencial del derecho a no declarar procedería solo de un uso hipertrófico de la doctrina *Murray* que nuestra jurisprudencia ha seguido con tanto ahínco. A mi juicio, sin embargo, el riesgo de vaciamiento existe desde que se contempla la posibilidad misma de extraer del silencio conclusiones adversas para el acusado, pues ello impide predecir *ex ante* los supuestos en que el acusado puede ejercerlo sin consecuencias. El autor añade, además, que la apelación al silencio con fines corroboradores de la culpabilidad puede entenderse en clave argumentativa (entiendo que justificativa) de la decisión. La decisión, sin embargo, debería estar justificada previa a su adopción, evitando con ello el prejuicio del juez que primero resuelve y después justifica.

¹⁸ La STS de 1 de diciembre de 2003 no puede ser más clara al respecto: "Configurado el *ius tacendi* como un derecho del que gozan aquellas personas llamadas a declarar respecto a su participación en los hechos investigados que policial o judicialmente se les atribuyen, resulta diáfano comprobar que tal actitud va mucho más allá de una simple postura negativa, pues se trata de una clara opción defensiva con la que pretenden evitarse manifestaciones de potencial signo incriminatorio, y a la que la jurisprudencia de nuestros Tribunales —por aplicación de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— concede un gran valor". Como puede apreciarse, el Tribunal parte de la concepción del derecho a no declarar como manifestación estratégica del derecho de defensa e identifica entonces como consecuencia lógica el silencio con el deseo de no autoincriminarse, lo que implica que todo silencio es indiciariamente indicativo de la culpabilidad de quien lo ejerce.

sobre el derecho de defensa *activo*, es decir, sobre el interés que el acusado pudiera tener en ofrecer una explicación alternativa. Ciertamente, si el silencio proyecta sobre el principio acusatorio la responsabilidad íntegra de una condena, la defensa activa podría ser la que soportase el peso de la devaluación: si la declaración del acusado es solo necesaria para combatir indicios perfectamente fundamentados y suficientes para una condena, la declaración del acusado podría interpretarse como síntoma de debilidad de las posiciones de defensa, especialmente ante tribunales populares. Al tiempo y dependiendo del país, las inercias del sistema penal podrían generar abusos contrarios al acusado en el ejercicio del silencio y que este respondiera más a la concreta relación abogado-cliente que al interés estratégico del justiciable²³. Pero en último caso, se trata de cuestiones asociadas al ejercicio fáctico del derecho y no a su alcance jurídico.

2.1.2.- El valor de las declaraciones del acusado y el derecho a mentir asociado al derecho a no declarar

Al tiempo que el silencio se configura como mera manifestación estratégica del derecho de defensa pasiva, la renuncia al derecho a no declarar se considera expresión del derecho activo de defensa. Sucede, sin embargo, que aun cuando el silencio venga condicionado por su capacidad para ser considerado indicio de culpabilidad, su mera existencia formal condicionará, al tiempo, el rendimiento de su renuncia, es decir, el rendimiento probatorio de la declaración del acusado.

En efecto, la garantía de no incriminación y la ausencia de obligación de prestar declaración se identifican en clave testifical. Si el acusado tiene derecho a no declarar y a no autoincriminarse, la manifestación activa máxima de ambas garantías vendrá dada por el derecho del acusado a mentir sin consecuencias jurídicas aparejadas. Esta situación dibuja un escenario tortuoso para el derecho de defensa: el silencio, como manifestación del derecho a no declarar, podrá generar efectos adversos para quien lo emplea; al tiempo, la renuncia introduce al acusado como medio de prueba *ex ante* condicionado, pues dado que puede mentir, la

duda que generase una eventual contradicción con otros mecanismos probatorios (fundamentalmente la prueba testifical) se resolverá en favor de quien jurídicamente soporta la obligación de decir verdad y no en favor del reo, pues dicha duda no se genera entre iguales.

La Quinta Enmienda de la Constitución norteamericana no impide al acusado prestar declaración testifical. Impide a los poderes públicos obligar al acusado a testificar en causa criminal que se siga contra él mismo, y la jurisprudencia de desarrollo anteriormente expuesta concluye en que no es posible extraer consecuencia alguna del silencio, derivando a la acusación la recolección de acervo probatorio suficiente. Pero la renuncia libre del acusado acompañado de abogado al empleo del derecho a no declarar como testigo en causa criminal convierte su interrogatorio cruzado en testifical pura, con las correspondientes advertencias de incurrir en delito de falso testimonio en caso de faltar a la verdad.

El consenso doctrinal y jurisprudencial en nuestro país es prácticamente unánime y contrario al derivado del derecho norteamericano.

Se parte, por un lado, de la posibilidad del acusado de mentir sin que ello comporte consecuencias jurídicas relacionadas con el proceso mismo o los delitos contra la administración de justicia. El derecho a no autoincriminarse parece tener así una naturaleza absoluta. Para “*dejar a los sujetos oficiales —los diversos agentes del ius puniendi— que se relacionan con el imputado, a salvo de la tentación de hacerle objeto de cualquier forma de restricción (...) se renuncia a tener al acusado como fuente de prueba contra sí mismo (...). Incluso si, claramente, mintiere con el objeto de defenderse, porque la ausencia de una obligación de decir verdad exige que el hecho de no decirla no suponga ningún gravamen*”²⁴.

Esta convergencia doctrinal²⁵ y jurisprudencial, conforme a la cual el acusado que renuncia al libre ejercicio de su derecho a no declarar aún estaría

²³ Incide ampliamente sobre ello el magistral trabajo de A. Natapoff: “Speechless: The silencing of criminal defendants”, *New York University Law Review*, 2005, pp. 1449 y ss.

²⁴ STS 7365/2012, de 15 noviembre 2012.

²⁵ Entre otros muchos, J. Montero: “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en J.L. Gómez Colomer (dir.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, 2008, p. 52; también, F. Pastor: “El derecho a mentir: el tratamiento de la mentira del imputado”, *La Ley*, n.º 8155, septiembre 2013, pp. 1 y ss.

amparado por el derecho a mentir desde el más genérico derecho de defensa, convertiría en inconstitucional el artículo 378 LECrim, en el que se autoriza al juez a exhortar al acusado a decir verdad sobre lo que le fuere preguntado²⁶.

Pero esta comprensión del derecho a no autoincriminarse desconoce, a mi juicio, la íntima conexión que este mantiene con el derecho a no declarar, generando consecuencias perniciosas para el derecho de defensa y para el contenido, en suma, de ambas manifestaciones del derecho de defensa. El derecho a no declarar, al margen ahora de las limitaciones a que viene históricamente sometido en nuestro país, es renunciable por el acusado, quien puede optar, con el debido asesoramiento letrado, por prestar declaración y convertirse en fuente de prueba. Lo mismo sucede entonces con el derecho a no autoincriminarse, al que puede renunciar libremente el sujeto desarrollando plenos efectos probatorios en su contra. Hasta tal punto es cierto lo anterior, que la conformidad tan solo requiere del reconocimiento por el acusado de los hechos objeto de acusación, fundamentándose en esa prueba —la confesión del acusado— la posterior sentencia condenatoria²⁷. Si el derecho a no declarar es renunciable, si el derecho a no autoincriminarse es renunciable, no debería oponerse, entonces, obstáculo alguno a una comprensión del derecho a no autoincriminarse más acorde con el valor probatorio que de la declaración del acusado puede obtenerse.

No parece muy respetuoso con el derecho de defensa asumir legal y jurisprudencialmente la renuncia al derecho a no incriminarse, identificada

en la confesión del acusado como fuente probatoria exclusiva en su contra sobre la que fundamentar una condena²⁸ y, al tiempo y cuando se trata de valorar su declaración como prueba de defensa, introducir la mentira como posibilidad; máxime cuando se introduce la mentira como posibilidad en garantía de ese mismo derecho.

Si el acusado puede legítimamente renunciar a sus derechos a no declarar, primero, y seguidamente a no incriminarse y fundamentar en ello —y en exclusiva— la condena ulterior, nada debería oponerse a que la renuncia al silencio llevase aparejada la obligación de decir verdad²⁹.

En primer lugar, no parece oportuno integrar un concepto tan desvalorado como la mentira en el derecho a emplear los medios de prueba oportunos. Sería en este derecho y no en el derecho a no declarar en el que se incorporaría la mentira como elemento integrante, pues el derecho a no declarar, una vez renunciado, da paso al derecho de defensa activa. No parece oportuno ni tampoco razonable. Si la defensa puede beneficiarse de un concepto desvalorado en el ejercicio de su misión, además de introducirse un elemento de tensión en el núcleo de los derechos fundamentales, dicha tensión actuará en contra del interés mismo de la defensa, como de hecho así sucede en la praxis: si se da por supuesto que el acusado puede mentir sin consecuencias jurídicas, su declaración siempre estará en entredicho y no servirá para aclarar, una vez se decide a ser parte del acervo probatorio, cuantas

26 Expresamente, la STS de 5 octubre 2001 [RJ 2001, 8784]: "La simple exhortación a decir verdad, sin juramento alguno ni carga negativa de ninguna clase, no puede vulnerar el contenido de los derechos constitucionales que el art. 24 de la Constitución Española proclama como derechos fundamentales de todo imputado por un delito. Es cierto que una lectura constitucional de tal precepto hace inútil meritada exhortación, en tanto que tiene el procesado derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, conforme a aquel catálogo constitucional, pero ello no tiene otra trascendencia práctica que la prohibición de valoración del resultado del interrogatorio judicial (SSTC 135/1989 y 186/1990). Nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 1996 dice que es claro que la exhortación a decir verdad, que formalmente aparece vigente aún en el artículo 387 LECrim, se encuentra en contradicción, y por tanto tácitamente derogada, por lo dispuesto en el artículo 24.2 CE". En idéntico sentido, F. Ortega: "Consideraciones...", *op. cit.*, pp. 2 y 3.

27 Por todas, sentencias del TC 138/2002, de 3 de junio, y 184/2003, de 23 de octubre.

28 Al respecto, el artículo 694 LECrim es claro: "Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente (scil., si se confiesa autor de los hechos, ex artículo 6882. LECrim), el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655".

29 La anteriormente citada STC 184/2003, de 23 de octubre, establece que "las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental". No debería existir razón, en consecuencia, para aceptar la libre renuncia al derecho a no autoincriminarse y hacerlo, en cambio, en las declaraciones defensivas que no constituyen confesión.

cuestiones hayan sido introducidas en el plenario a través de la prueba propuesta por la acusación pública o privada. Abundando en el argumento, podría incluso afirmarse desde un punto de vista epistémico que no existe patrón de previsibilidad que permita al juez saber cuándo el acusado está faltando a la verdad en ejercicio de un derecho y cuándo está siendo sincero en ejercicio del mismo derecho. Podrá oponerse que tampoco ello es fácil en el caso de los testigos, pero el presupuesto de partida es bien distinto, lo que condiciona los resultados: el testigo está obligado a decir la verdad, y la amenaza del proceso por falso testimonio podría ser suficiente para ejercer un efecto preventivo general.

En segundo lugar, la LECrim no recoge entre los medios de prueba la declaración del acusado. El capítulo III (“Del modo de practicar las pruebas en el juicio oral”) del título III (“De la celebración del juicio oral”), del libro III (“Del juicio oral”) de la LECrim no recoge en ningún caso el interrogatorio cruzado del acusado como fuente de prueba. Los artículos 688 a 700 se refieren a la multiplicidad de hipótesis en que puede producirse la *confesión* del acusado, algo muy distinto a su interrogatorio en contradicción. De hecho, es una pregunta que debe formular el Tribunal y no las partes. Téngase en cuenta que el Tribunal no puede en modo alguno formular preguntas que pudieran hacerle perder la imparcialidad o su apariencia. Y aun así, es la propia ley la que habilita que sea el presidente del Tribunal quien la formule, por razones obvias de economía procesal: si el acusado, *motu proprio* asume la responsabilidad del hecho a presencia de su defensa letrada, dicha asunción de responsabilidad podría servir (bajo ciertas limitaciones) para finalizar el juicio con sentencia condenatoria sin más trámite. Despachada esta cuestión, ninguna disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere al interrogatorio (cruzado, es decir, mediante contradicción con las partes) del acusado³⁰, por lo que comenzar por él solo responde a una fórmula tradicionalista, acomodaticia. La ley rituarial prescribe que el juicio comenzará con el interrogatorio de los testigos, a quienes se informará de sus obligaciones, y desarrollará a continuación las especialidades de

su examen. La Ley procesal es decimonónica y por ello muy anterior a la Carta Magna, pero parece que no contempló el examen del acusado en modo diferente a la testifical. A pesar de ello, la solicitud en los escritos de acusación y defensa de la declaración del acusado en primer lugar continúa constituyendo la primera práctica de prueba del plenario, lo que erige al acusado en objeto de la prueba contra sí mismo. El conjunto de artículos posteriores se refiere al resto de fuentes de prueba: los testigos, peritos, prueba documental e inspección ocular. Es decir, la LECrim regula la confesión y autoriza su empleo (aun cuando el acusado tenga derecho a no autoincriminarse) como mecanismo probatorio³¹. Pero no regula la declaración del acusado, ni desde luego existe razón alguna para no equiparar su declaración como parte de su defensa activa a través de las normas de la testifical. Y, de existir, esas razones serían de orden constitucional y no de legalidad ordinaria. La regulación legal, en suma, debe ser interpretada en clave constitucional. Y parece desde luego más armónico con las garantías del acusado someter su declaración voluntaria a las reglas de veracidad del testigo. En caso contrario, las garantías del derecho de defensa se desvanecen: el ejercicio del silencio podrá ser considerado indicio de culpabilidad³², perjudicando la defensa del acusado, y su renuncia podría ser perjudicial por la presunción de que el derecho a no autoincriminarse admitiría necesariamente la mentira como fórmula de defensa, quedando siempre su declaración en entredicho. La única interpretación diáfana, curiosamente, sería aquella conforme a la cual la confesión del acusado implica una renuncia al derecho a no incriminarse que permite su condena sin necesidad de otros medios de prueba.

Por último, resulta que la mentira, amparada en el derecho a no ser compelido a la autoincriminación, es también relativa. Solo algunas mentiras resultarían aceptables en el derecho de defensa³³. No lo

30 Por todos, V. Gimeno Sendra: *Derecho procesal penal*, 2012, p. 734, para quien debe integrarse esta laguna con lo dispuesto en la LECrim para el interrogatorio de imputado en la fase de investigación previa al juicio oral.

31 No obstante, J. de la Oliva: “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en J.L. Gómez Colomer (dir.): *op. cit.*, pp. 67 y ss., se muestra crítico con la ausencia legal de una auténtica declaración de la confesión del acusado como elemento probatorio. Idénticas dudas en J. Marca: en X. Abel y M. Richard (coord.), *Estudios sobre prueba penal*, Vol. I, *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal. Competencia, objeto y límites*, 2010, p. 234.

32 Véanse las notas 6 y 9 y el texto al que se refieren.

33 Lo que F. Pastor: “El derecho a mentir...”, *op. cit.*, p. 3, denomina “*carácter relativo del derecho del imputado a mentir*”.

serían aquellas que, por sí mismas, no coadyuven al derecho de defensa y sean constitutivas de delito³⁴, ni aquellas que, aun siendo útiles a la defensa del acusado, perjudicaran a terceros³⁵.

La mentira no puede siquiera oponerse para preservar un derecho fundamental³⁶. Mucho menos, por lo demás, cuando la instalación de la mentira como parte de ese derecho fundamental acaba siendo perjudicial para los intereses del acusado, cuya declaración nunca podrá ser opuesta en régimen de igualdad frente a otras fuentes de prueba (como la testifical), precisamente por la duda de si el acusado estará mintiendo lícitamente. Tal concepción de la declaración del acusado, junto al silencio como eventual indicio de culpabilidad, sitúan el derecho de defensa en un nivel de riesgo intrínseco inaceptable para el ejercicio de un derecho fundamental.

Una lectura constitucional que no vacíe de contenido el derecho a no declarar ni vicie su renuncia con la introducción de un pretendido derecho a la mentira como cortapisa al valor defensivo de la declaración del acusado pasa por una reinterpretación de ambos derechos en clave constitucional primero y legal después. Constitucional, impidiendo que el silencio, como se ha ido apuntando a lo largo de este trabajo, pueda ser interpretado contra el interés de quien lo ejerce y que su renuncia a través de la declaración del acusado sea puesta *ex ante* en entredicho mediante el reconocimiento al derecho a mentir. Y en clave legal. Si la LECrim no regula de modo expreso el interrogatorio del acusado y la praxis actual se basa en una Circular del Ministerio Fiscal que data de 1899 y que se remite a su Memoria de 1883³⁷, es menester efectuar una

hermenéutica de la ley rituarial acorde con la lectura constitucional propuesta. La regulación legal de la prueba comienza con el interrogatorio de los testigos, y el artículo 387 LECrim se refiere a la exhortación a los procesados a decir verdad. La Circular de la Fiscalía, como la ley, es preconstitucional. Pero la ley admite una lectura constitucional que configura un derecho constitucional de defensa activo y pasivo equilibrado, mientras que la praxis actual derivada de aquella Circular no se compadece con la caracterización como fundamental del derecho de defensa.

2.2.- El momento de la declaración del acusado y la proposición de prueba

2.2.1.- Momento de la declaración y consecuencias para el silencio

Como ya se ha señalado, la LECrim no prevé la declaración del acusado como fuente de prueba. Tan solo su confesión. Preguntarle al acusado, sin embargo, si se declara culpable o inocente, no es un interrogatorio cruzado sometido al principio de contradicción. En todo caso, rehusada la confesión, el juicio comienza, según la LECrim, por el examen de los testigos. La práctica procesal penal, como también se ha visto, no considera al acusado un testigo cuando este decide renunciar a su derecho al silencio. Sin embargo, la práctica procesal también indica que el juicio comenzará con el interrogatorio del acusado.

Así las cosas, debe retomarse la cuestión del valor del silencio del acusado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra partidaria de otorgar al silencio valor de corroboración de la culpabilidad ya asentada o incluso de indicio de la culpabilidad del autor, en particular “*en cuanto omite la*

34 Ult. loc. cit., p. 3, con cita de la STS 62/2013, de 29 de enero, que condenaba por delito contra la integridad moral al acusado que, con sus mentiras objetivadas, había infligido un dolor innecesario a los perjudicados por el delito por el que había sido previamente juzgado y condenado.

35 Cfr. A. del Moral, en A.P. Rives-Seves (dir.): *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la sala Segunda del Tribunal Supremo*, 4.ª ed., 2008, p. 296 y jurisprudencia citada en relación con las mentiras vertidas sobre los coinculpados.

36 Taxativo, C. Roxin: *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 136: “*Con una mentira no se hace valer hechos de descargo, ni derecho alguno*”.

37 Cfr. las referencias en J.J. López Ortega: “La declaración del imputado en el juicio oral, ¿debería obtenerse sólo a instancia y como una prueba de la defensa, no de la acusación, y en el turno de las pruebas de la defensa?”, en *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Madrid, 2009, p. 43: “*En los primeros tiempos del planteamiento del vigente sistema procesal,*

creyeron algunas Audiencias, interpretando con error lo que disponen los arts. 688 y 701, que no podría articularse como prueba el examen del procesado. Esta Fiscalía, en la Memoria de 1883, pág. 94, no sólo mantuvo decidida y enérgicamente la opinión contraria, sino que encargó a sus subordinados que en ningún caso dejaran de articular como prueba en sus escritos de calificación la confesión del procesado. En el mismo año se interpusieron varios recursos de casación por quebrantamiento de forma, fundados en este motivo, y el Tribunal Supremo, en decisiones citadas en la referida Memoria, elevó a jurisprudencia la doctrina de este Centro, estableciendo que la confesión del procesado no puede menos de reputarse como uno de los medios de prueba, que sin disputa debe figurar entre los más importantes y trascendentales” (Consulta 133. Memoria 1899)”.

posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario³⁸. La cuestión entonces es, si la declaración del acusado es la primera fuente de prueba que tiene lugar en el plenario, ¿cómo puede el acusado conocer el resultado de la práctica del resto de elementos probatorios antes de que esta tenga lugar? A ello no es ajeno el Tribunal Supremo³⁹, lo que no ha sido óbice para que, cuando ha sido requerido para pronunciarse sobre la posible lesión del derecho a ser oído que pudiera generar el interrogatorio del acusado como primera prueba a practicar en juicio, haya preferido decantarse por la defensa formal de las funciones de ordenación del proceso que competen al Tribunal *ex artículo 701 LECrim*⁴⁰ en detrimento del ejercicio pleno del derecho de defensa y las garantías que le son inherentes⁴¹. No solo se obtiene, contra el criterio de sistemas jurídicos más respetuosos con la libertad del individuo, un efecto del silencio pernicioso para quien lo ejerce, sino que además se justifica la extracción de tales consecuencias negativas derivando la responsabilidad hacia el acusado, aun cuando este carezca de toda capacidad para intuir cuál será el desarrollo de la prueba de acusación y, por tanto, si ese acervo probatorio practicado requiere o no una aclaración por su parte. Se sitúa

al acusado ante un dilema imposible: si ejerce su derecho al silencio, ello podrá ser utilizado en su contra por no haber dado una explicación alternativa a los indicios acusatorios; pero esos indicios acusatorios no le serán mostrados hasta después de haber decidido ejercer o no su derecho.

A cambio, el único elemento que el sistema procesal pondría en manos del acusado para ofrecer la explicación debida a los indicios sentados con la prueba de acusación es el derecho a la última palabra. Pero resulta que dicho instrumento no forma parte de las fuentes de prueba por carecer de los elementos esenciales que deben predicarse de todo acto probatorio: publicidad, inmediación, contradicción. Las dos primeras sin duda concurren, la última solo podría realizarse a través de un interrogatorio de las acusaciones posterior al uso de la última palabra realizado a través de la presidencia del Tribunal. El significado de esta fórmula implica que es el Presidente del órgano de enjuiciamiento quien materialmente efectúa las preguntas tras la oportuna valoración de idoneidad de la solicitud de la acusación, introduciendo con ello una falla en la imparcialidad objetiva del Tribunal⁴², y que exigiría, al finalizar ese interrogatorio complementario, otorgar de nuevo el derecho a la última palabra al acusado, generando así un bucle carente de sentido. Un remedio, pues, que parece aún peor que la enfermedad que pretende erradicar: para evitar extraer conclusiones perjudiciales para el acusado del uso de un derecho constitucional como el silencio, se le ofrecería como remedio la introducción de una grieta en el principio de imparcialidad. Ninguna de las dos situaciones parece creada para garantizar la vigencia de los derechos individuales (a no declarar) o supraindividuales (a un proceso con todas las garantías).

Por último, la intervención del acusado en primer lugar, cuando aún no se ha llevado a cabo la práctica de la prueba, cuando las evidencias contra el acusado aún no han sido reveladas, es difícilmente compatible con el principio de presunción de inocencia. Antes de conocer los elementos de cargo de los que se dispone contra el acusado, este deberá dar una explicación sobre el hecho objeto de

38 Véase la nota 15.

39 Claramente, la STS de 5 abril 2000 [R] 2000, 1445]: "el juicio se habrá iniciado con su interrogatorio, lo que le permite hacer las manifestaciones que estima pertinentes en defensa de sus intereses. Ahora bien, en ese momento desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación, de los testigos de cargo y de descargo y el resultado de las pericias practicadas. Incluso desconoce cuál va a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos".

40 STS 309/2009, de 17 de marzo [R] 2009, 2824], apelando a que "el juicio lo dirige el Tribunal y no las partes".

41 Críticos, J.J. López Ortega: "La declaración del imputado en el juicio oral", *op. cit.*, pp. 40 y ss. R. Fernández Palma./ Y. Rueda Soriano: "El escenario del acto del juicio oral: el orden de los factores que sí altera el producto", *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, n.º 60, 2013, p. 6. Frente a la tesis de la resolución del alto Tribunal, netamente formalista al apelar a que "el juicio lo dirige el Tribunal y no las partes" como criterio resolutorio de la cuestión del momento en que debe declarar el acusado, las autoras sostienen que "El artículo 701 LECrim permite alterar el orden de las pruebas propuesto por las partes, cuando el juez lo considere conveniente para el más seguro descubrimiento de la verdad, y no cabe duda que la verdad ha de ser descubierta de la manera más justa y equitativa, y que el proceso justo, espacio en el que se busca la verdad, debe garantizar la efectividad del derecho de defensa, que únicamente se puede ejercitar de forma efectiva, cuando el acusado no declara a ciegas sino cuando conoce toda la prueba existente".

42 Sobre la capacidad del Tribunal para realizar preguntas al acusado y su relación con el principio de imparcialidad y el derecho de defensa, véase la STS de 5 abril 2000 [R] 2000, 1445] y el comentario de J. Hernández / R. Bach / J.P. Yllanes en la obra colectiva *Jurisprudencia procesal penal del Tribunal Supremo (un análisis crítico)*, 2007, pp. 156 a 163.

acusación, sabiendo que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional, no hacerlo permitirá extraer inferencias adversas contra él.

2.2.2.- Proposición de la declaración del acusado como prueba y consecuencias para el silencio

Con independencia de los colosales problemas que este sistema genera para el principio acusatorio⁴³, la mera posibilidad de que la acusación pueda solicitar como prueba, y además como la primera de todas las que se practicarán en el plenario, la declaración del acusado, no parece el mejor contexto institucional para el ejercicio del derecho a no declarar. Reconocido constitucionalmente este derecho, la solicitud de su declaración por la acusación es una innecesaria invitación a su renuncia. Una vez que el Tribunal ha constatado (conforme a lo dispuesto en los artículos 688 a 700 LECrim) que el acusado se declara inocente, deben generarse todas las condiciones institucionales (procesales) necesarias para garantizar la eficacia de los derechos constitucionales de aquel. Por supuesto que pretender que el acusado hable con carácter previo a conocer el desarrollo de la prueba de acusación no le permite ejercer correctamente su derecho a no declarar, pues no sabrá, como se ha señalado, si vale la pena ofrecer o no una explicación alternati-

va⁴⁴. Pero que lo haga además a través de quien tiene la misión constitucional de “defender los derechos de los ciudadanos”, es decir, el Ministerio Fiscal, posee un significado especialmente perjudicial para el ejercicio de ese derecho. Pues si entre las misiones constitucionales del Ministerio Público ocupa un lugar destacado el velar por los derechos de los ciudadanos, la invitación al acusado a renunciar a su derecho para convertirlo en medio de prueba sugiere una suerte de innecesariedad en la defensa de ese derecho fundamental.

Debe analizarse, pues, si el principio de igualdad de armas soportaría, de *lege lata*, una interpretación de los artículos 656 y ss. de la LECrim que excluya la posibilidad de que el acusador público o privado pueda solicitar como mecanismo probatorio la declaración del acusado, en garantía de la efectividad real del derecho al silencio. Un proceso de equilibrio entre derechos en juego para decidir cuál debe primar, si la posibilidad de que ambas partes, en juicio oral, posean idénticas herramientas de confrontación o con riesgo para el libre ejercicio del derecho a no declarar o, por el contrario, el libre ejercicio del derecho a no declarar con riesgo para el derecho a gozar de identidad de elementos de confrontación dialéctica en el plenario.

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece sugerir la imposibilidad de discriminar, en juicio oral, los mecanismos de confrontación por la posición que ocupe cada parte, lo que no ocurriría, sin embargo, en la fase de instrucción, donde no todas ellas poseen, *ex lege*, idénticas facultades de actuación⁴⁵.

Creo más grave, sin embargo, arriesgar o desincentivar el uso de derechos procesales personalísimos que limitar los medios de combate procesal en función de la posición que cada cual ocupa en el juicio oral. En efecto, si se limita a la defensa la posibilidad de solicitar la declaración del acusado como medio de prueba, su efectiva práctica no priva a las acusaciones de efectuar dicho interrogatorio contradictorio, antes al contrario, tendrán el privilegio de la última intervención. A mayor abundamiento, dicha discriminación en la solici-

43 El más agudo viene señalado por J.J. López Ortega: “La declaración del imputado en el juicio oral”, *op. cit.*, p. 44: “*iniciándose la actividad probatoria con la declaración del acusado, además, se subvierten los términos del debate. Si en primer lugar se escuchan sus manifestaciones el efecto que se produce es bien simple: súbitamente, la tesis de la acusación, la única que ha de quedar sometida a examen, pierde interés y, por contra, el objeto de la prueba bascula, hasta no perseguir otro objetivo que desacreditar la tesis del acusado*”; en parecidos términos, R. Fernández Palma / Y. Rueda Soriano: “El escenario del acto del juicio oral”, *op. cit.*, p. 6, señalando el “*riesgo de perversión del sistema acusatorio, por la inercia de que la prueba posterior se pueda dirigir en exclusiva a desmontar su versión y no a confirmar la hipótesis acusatoria*”. La exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2010 hace suyas estas críticas: “*En definitiva, el sistema actual de declaración inicial del acusado distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia y genera una práctica procesal puramente dialéctica en la que el juez parece encaminado a elegir la tesis más verosímil entre dos opciones de igual valor, cuando en realidad quien ha de demostrar plenamente sus tesis es la parte acusadora. La defensa ha de poder limitarse a generar una duda razonable sobre la misma. A esta idea responde la variación de la posición de la declaración del acusado en la estructura del juicio oral*”.

44 Desde la tesis que se sostiene en este trabajo, dicha versión alternativa no iría dirigida a evitar conclusiones negativas del silencio, sino a aportar, como último mecanismo de prueba a practicar en el plenario, una hipótesis de defensa, no sometida al prejuicio del “derecho a mentir” capaz de enervar la prueba de acusación mediante la introducción de una duda razonable.

45 Entre otras, STC 186/1990, de 15 de septiembre.

tud de mecanismos probatorios, trae causa en la defensa de un derecho fundamental personalísimo, como es el derecho a no declarar, que no se aviene con un marco de ejercicio que exija su constante justificación o que invite a su renuncia. Al contrario, su ejercicio debe ajustarse a una lectura conforme a la cual dicho derecho adquiere plenitud cuando su renuncia se lleva a cabo a instancia del propio acusado, en la medida que la solicitud de su declaración por la acusación se interprete como una forma de ser compelido a declarar, al tiempo que el derecho a ser oído alcanza su cénit con la solicitud exclusiva de su titular. Ello, además, redundante en una mejora del principio acusatorio, pues obliga a quien sostiene la pretensión punitiva a desarrollar los mecanismos probatorios necesarios para lograrlos sin convertir al acusado, desde el inicio, en medio de prueba en lugar de en sujeto del proceso⁴⁶. Y, finalmente, mantiene al principio de igualdad de armas en el ámbito interpretativo que le es propio⁴⁷.

La situación actual, que alzaprima la igualdad de armas, no resiste el contraste. La declaración del acusado, solicitada por las acusaciones, se convierte desde el primer momento en prueba de acusación, es decir, tiene la consideración general de ser prueba capaz de soportar siempre la carga acusatoria; y al ser sugerida y puesta en práctica por quien tiene la misión constitucional de defender los derechos de los ciudadanos, proyecta la idea de que el derecho a no declarar carece de interés suficiente como para ser defendido desde el Ministerio Público.

No puede olvidarse la situación fáctica que se desarrolla actualmente ante los tribunales de enjuiciamiento penal, que no deriva de una regulación legal específica, sino de una laguna. Por lo que nada emepece, en consecuencia, a una lectura cons-

titucional equilibrada que permita al juzgador inadmitir como prueba de acusación la declaración del acusado⁴⁸.

2.3.- La ubicación del acusado en el plenario y el derecho a no declarar

Un último escollo práctico se opone a la plena realización del derecho a no declarar: la ubicación física del acusado en el plenario, en el centro de la sala, de espaldas a los testigos y lejos de su defensa letrada. Esta cuestión, íntimamente ligada a la anterior, es decir, el momento en que se obtiene la declaración del acusado, forma parte del contexto institucional de ejercicio de un derecho⁴⁹, esto es, el marco en el que se fijarán las condiciones para que los derechos fundamentales del acusado tomen cuerpo.

La situación del acusado lejos de su letrado y detrás de los testigos que declaran incide significativamente sobre la elección de la defensa activa o pasiva que pudiera querer efectuar el acusado, dueño de su defensa y asistido de letrado. Por un lado, porque al estar de espaldas a los testigos su capacidad de intermediación se acorta. Si no puede observar los gestos de quienes pueden convertirse en prueba de acusación, difícilmente podrá intuir siquiera el valor que a dicha declaración pueda otorgarle el juzgador. Al tiempo, al situarse lejos de su defensa letrada, no puede transmitirle las instrucciones necesarias para combatir cuantas cuestiones considere adecuadas ni puede contrastar el consejo de su letrado sobre las eventuales observaciones que este pudiera realizar.

Ciertamente y dado que la costumbre (que no la legislación procesal) impone la declaración del acusado en primer lugar, podría oponerse que su posterior ubicación en la Sala de vistas en absoluto puede incidir sobre un derecho ya ejercido o renunciado. Pero, del mismo modo que el imputado tiene derecho a ser oído cuantas veces lo solicite

⁴⁶ Aunque no lo justifica, a juicio de M. Richard: "Práctica de la declaración del acusado en el juicio oral", *Iuris*, febrero 2012, p. 33, en el sistema actual, "Tampoco podría el fiscal solicitar la declaración del acusado como un medio de prueba que, por lo general, se producirá al inicio del juicio. Claro está que el acusado se puede negar a contestar, porque así le asiste su derecho constitucional a no declarar, pero, en cualquier caso, el sistema no es adecuado, ya que de ese modo el acusado se convierte en objeto de la prueba".

⁴⁷ La STC (Pleno) 125/1995, de 24 de julio incorpora en la delimitación del alcance de este principio, "no solo la distinta situación material de las partes (...) sino la específica naturaleza de la relación jurídica desde la que actúan en el proceso, y las desigualdades que la diferente posición de los sujetos en ella puede generar".

⁴⁸ J.J. López Ortega: "La declaración del imputado en el juicio oral", *op. cit.*, p. 44. El autor, en análisis crítico de la STS 309/2009, de 17 de marzo [RJ 2009, 2824], da por sentado que esta interpretación habría sido viable jurisprudencialmente.

⁴⁹ Lo que J. Hernández: "¿Qué lugar debe ocupar la persona acusada en el acto de la vista?", en *99 cuestiones...*, *op. cit.*, p. 2, denomina "pack indisoluble" entre forma y fondo; o el "medio indispensable para la realización de dichos valores (scil. los asociados al proceso justo)".

en el curso de la instrucción según vayan acumulándose diligencias de investigación del signo que fueren, tampoco la ley procesal impide que tras la declaración (o silencio) inicial del acusado este pudiera solicitar del tribunal un nuevo interrogatorio o decidiera no hacerlo guardando un silencio que la constitución le reconoce como derecho fundamental. Pero esa decisión no habrá podido ser contrastada con su defensa letrada. Sin duda, es mayor la incidencia negativa que despliega sobre el silencio una valoración negativa; pero no puede ignorarse el efecto disuasorio que las condiciones ambientales (institucionalmente introducidas en el proceso) generan en el ejercicio del derecho.

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, orgánica y posterior a la LECrim, ordena que el acusado ocupe un lugar en la sala que facilite la comunicación con su letrado. En idéntico sentido se pronuncian los distintos anteproyectos de reforma que han visto la luz en los últimos años respecto al procedimiento común. No puede negarse que la introducción en la ley del jurado y en los diversos anteproyectos de reforma de la ley procesal penal de una disposición específica sobre este particular responde a la necesidad de generar las condiciones óptimas para el ejercicio de todas las garantías procesales del acusado (y no solo del derecho al silencio). Sin la comunicación efectiva con su defensa letrada, el acusado se convierte en la personificación del estigma, sometido a su propio criterio lego para el ejercicio de su defensa.

3.- CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales a no declarar y a no autoincriminarse, como garantías del ciudadano en el proceso frente al abuso de poder se han visto condicionados, desde su reconocimiento constitucional, por una dinámica práctica secular. El derecho al silencio participa aún de la idea tradicional de que quien lo ejerce algo oculta, lo que permite extraer consecuencias negativas de su ejercicio. La declaración del acusado ve mermado su valor probatorio de defensa con la apelación a su derecho a mentir, lo que no sucede, paradójicamente, cuando el acusado confiesa. El acusado declara en primer lugar, cuando aún desconoce la prueba acusatoria que se verterá contra él, lo que le sitúa en una disyuntiva inaceptable en el ejercicio de un derecho: si mantiene silencio, este podrá jugar en su contra si la prueba de acusación más tarde vertida exigía una explicación del acusado; si decide parti-

cipar ante el miedo de un silencio perjudicial, difícilmente podrá hablarse de una declaración espontánea y libre. A mayor abundamiento, el acusado será ubicado en juicio lejos de su defensa letrada, lo que le impedirá cualquier contraste sobre la razonabilidad de ejercer su derecho al silencio o a ser oído.

Frente a esta abrogación práctica del derecho de defensa, conviene reflexionar sobre el núcleo esencial del derecho al silencio y a no autoincriminarse, conectándolo con la legislación vigente y no tanto con prácticas seculares de dudoso anclaje constitucional y legal, dotando a ambos derechos de un contenido esencial que trate al acusado como lo que aún es, un hombre libre e inocente hasta la eventual sentencia condenatoria⁵⁰. Desde este punto de partida, será más sencillo interpretar estos derechos en la clave personalísima en que están constitucionalmente definidos, desterrando concepciones que autoricen un uso perjudicial y que puedan llegar a convertirse en símbolo de la libertad del ciudadano frente al poder del Estado⁵¹. Con las debidas condiciones contextuales de ejercicio, será un viaje que, como algún autor ha sostenido, con toda probabilidad no admite retorno⁵².

50 J. López Barja de Quiroga: *Tratado de derecho procesal penal*, 3.ª ed., 2009, Madrid, p. 327, propone incluso la creación de una "regla de exclusión de prueba y con la prohibición de valorar los efectos reflejos".

51 C. Weisselberg, en C. Weisselberg / S. Bibas: Debate: "The right to remain silent", *PENNumbra (University of Pennsylvania Law Review)*, n.º 159, 2010, p. 76, en relación con la doctrina Miranda, que establece las reglas de obtención de la confesión del acusado en sede policial, regla lógica previa al ejercicio del derecho al silencio en juicio oral, afirma: "hace una década, mientras desviaba un ataque directo sobre la doctrina Miranda, el Presidente del Tribunal Supremo norteamericano, (William) Rehnquist, escribió que las prevenciones Miranda "se habían convertido en parte de nuestra cultura nacional". Muy cierto. *Miranda permanece como un potente símbolo para los ciudadanos norteamericanos*". Rehnquist presidió el Tribunal Supremo durante el caso *Dickerson vs. United States*, 530 U.S. 2000, en el que el alto Tribunal impidió al Congreso norteamericano reformar las prevenciones garantistas contenidas en Miranda, por entender que tales prevenciones formaban parte del contenido constitucional de la Quinta Enmienda.

52 R. Fernández Palma / Y. Rueda Soriano: "El escenario del acto del juicio oral...", *op. cit.*, p. 7: "Sea como fuere, no es aventurado afirmar que quien celebre un acto de juicio con esta estructura, probablemente no querrá retomar el esquema anterior. El orden de los factores altera, humaniza y moderniza un producto que a fuerza de haberse mantenido más de un siglo ha quedado obsoleto, aunque posee la fuerza de la tradición y el inmovilismo".