



CÁTEDRA

Xabier  
Gorostiaga, S.J.

# *Sobre la Presunción de inocencia*

Dictada por

**Dr. Victor Moreno Catena**  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid



Universidad Jesuita



**AUSJAL**  
ASOCIACIÓN DE UNIVERSIDADES  
CONFUNDIDAS A LA COMPAÑÍA DE JESÚS  
EN AMÉRICA LATINA



**UCA**  
Universidad  
Centroamericana





## Sobre la Presunción de inocencia

SUMARIO: 1. El proceso penal como sistema de garantías.- 2. El derecho a la presunción de inocencia como clave del sistema penal: 2.1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento: A) La información sobre las investigaciones penales y el derecho al honor amparado por la presunción de inocencia. B) La adopción de medidas cautelares.- 2.2. La presunción de inocencia como regla de juicio.- 3. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar.- 4. Las declaraciones del imputado y el derecho al silencio.

### 1. El proceso penal como sistema de garantías

El proceso penal probablemente sea el principal campo de tensión entre la seguridad ciudadana y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. Cuando se somete a una persona a un proceso penal su propia libertad y lo que ello representa aparecen seriamente amenazadas, y se ponen en severo riesgo el *valor político de la libertad*, así como el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, singularmente el honor y el

patrimonio, tanto por la definitiva imposición de sanciones en una eventual sentencia condenatoria, como en razón de las medidas cautelares que se pueden adoptar durante la sustanciación del procedimiento.

Pero también es cierto que, frente a ello, *la seguridad en la pacífica convivencia*, en el disfrute de las propias libertades para que no sean perturbadas por la comisión de delitos, representa un valor digno de especial protección y cuenta con el proceso penal como el instrumento de cierre de la lucha contra la criminalidad.

En la actualidad se discute sobre la *eficacia* del proceso penal, y se nos hace ver que al ser un instrumento de política criminal debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficaz a las infracciones contra los bienes jurídicos más preciados para el conjunto de la sociedad, que son los que el Derecho penal protege. Por otra parte, se plantea el problema de salvaguardar las *garantías procesales* en la persecución penal, de modo que se respeten todas las exigencias y los derechos fundamentales que conforman el proceso en el Estado democrático de derecho.

Las reformas procesales penales que se

Las reformas procesales penales que se están acometiendo en las últimas décadas pretenden una transformación integral, completa y sistémica sobre la forma de comprender y estructurar el sistema de persecución y enjuiciamiento criminal, modificando las obsoletas instituciones jurídicas del modelo procesal inquisitivo o del acusatorio mixto, para sustituirlos por los planteamientos, los principios y las lógicas del modelo acusatorio. No se trata de un puro cambio nominal, ni siquiera de sustituir el reparto de las responsabilidades procesales de los actores públicos que intervienen en el proceso, sino de cambiar el modo de entender la justicia penal. La migración del sistema penal que hemos querido llamar acusatorio formal, pero que mantiene estructuras y características propias del proceso inquisitivo, a un proceso acusatorio resulta una tarea difícil porque el fin esencial del proceso penal no puede ser encontrar y castigar al culpable, sino garantizar al conjunto de la sociedad que se va a celebrar un juicio justo.

Eso no quiere decir que el Estado pueda renunciar a su deber de perseguir eficazmente los delitos y de llevar a juicio a aquel contra quien haya logrado reunir elementos suficientes para lograr

una sentencia de condena; pero esta responsabilidad no es de los jueces, que han de mantenerse imparciales en el debate procesal, sin intervenir en el desarrollo y ejecución de la política criminal, de la respuesta a la delincuencia; su papel radica en velar por las garantías y ajustarse al cumplimiento de la ley.

En el modelo acusatorio el foco se centra en el juicio mientras que en el modelo acusatorio formal se incide esencialmente en la instrucción, lo que genera un excesivo poder de los órganos de persecución penal que se convierte en un peligro para los derechos de los ciudadanos, que se pueden ver sometidos a una investigación penal que es, en sí misma, estigmatizante, de modo que es esencial el papel de garante de los jueces durante esta fase, autorizando solamente actuaciones que estén plenamente justificadas, y en el juicio con sentencias fiables por su fundamentación y dictadas con todas las garantías, esencialmente la de la imparcialidad del juzgador.

La implantación de un proceso penal más adversarial, más público, más garantista y más eficiente no sólo debe basarse en la necesaria reforma legislativa, sino que pasa por la superación de



determinadas prácticas policiales y judiciales; la adquisición de nuevos conocimientos y destrezas por parte de todos los operadores jurídicos; el compromiso de los organismos del Estado en la implantación y difusión del nuevo sistema; la adscripción al aparato judicial de los nuevos medios materiales y humanos que sean necesarios para su adaptación a las nuevas prácticas; la creación de órganos e instituciones públicas encargados de la supervisión y control del proceso de implantación de la reforma; y, además, la necesaria publicidad del contenido y de las ventajas del nuevo modelo entre los usuarios del sistema de justicia y la sociedad en general; porque aunque la reforma de las leyes procesales se suele presentar políticamente como la panacea de un mejor funcionamiento de la justicia, en la realidad poco o nada suele arreglar si no se acompaña de incrementos de presupuesto y de mejoras en la organización de las oficinas judiciales, normalmente ancladas en tradiciones seculares.

En el siglo XIX se modifica el proceso penal partiendo del modelo napoleónico del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que hunde sus raíces en los principios revolucionarios de la libertad del individuo y del respeto por

la persona humana, y una de las primeras y más importantes derivaciones es situar al hombre en el centro del procedimiento penal. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del derecho penal de autor al derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las *inquisitiones generales*.

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal el tratamiento del imputado presenta un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto de la persona y de salvaguarda de sus derechos básicos en el tratamiento que los órganos públicos han de dispensar al imputado y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia<sup>1</sup>, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal. En este proceso penal, que toma como referencia el modelo inglés, el imputado, tradicionalmente considerado objeto del proceso, pasó a ser su figura principal y podía intervenir en él desde el momento en que se formulara la

imputación por el instructor.

Asimismo se distinguió de forma nítida entre la función de acusación, que se atribuyó al Ministerio Fiscal, que actuaría de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, y las funciones de investigación y enjuiciamiento. Por tanto, el acusador no podrá en adelante enjuiciar, y su función se limitará precisamente a la de postular, interviniendo en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y valoración de los mismos. Formula la acusación con un interés objetivo en la represión, pero partiendo del resultado de la actividad procesal y, al carecer de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso, debe solicitar la absolución de quien considere inocente.

Se restituía de este modo el enjuiciamiento penal a la estructura que había perdido con el procedimiento inquisitivo, y quedaba garantizado que, ante la agresión que el delito entraña, la sociedad situaba a un valedor de los bienes públicos y de los intereses generales, que estaba fuera de la estructura judicial, para formular la acusación; y el tribunal que había de juzgar tenía vedada intervenciones que

supusieran ejercicio de acusación, de modo que habrá de atenerse a lo alegado y probado por las partes.

El actual modelo de proceso penal de los estados constitucionales de derecho, es decir, en toda la cultura jurídica europea y americana, se inscribe dentro del proceso de partes. Sin embargo, en algunos países todavía la investigación de los delitos se mantiene bajo el principio inquisitivo, con un juez encargado de dirigir o controlar la averiguación de los hechos y asegurar las responsabilidades de los imputados.

En este estado de cosas, la imparcialidad del juicio, con un juez que asumió las facultades instructorias y que decide sobre la legalidad de su propia actuación, está inevitablemente comprometida. El juez instructor tiene a su cargo no sólo la decisión sobre la apertura del procedimiento, que puede incluso acordar de oficio, sino que asume la responsabilidad de ordenar las concretas diligencias de investigación que considere útiles y pertinentes, dirigiendo, por tanto, la marcha de la investigación, y de cerrar esta fase del procedimiento cuando lo entienda oportuno. Pero, junto con todo esto, el juez de instrucción tiene a su cargo una tarea aún más importante y trascendente desde el punto de vista de



la propia estructura del proceso: es él quien ha de formular una imputación contra una determinada persona, y sólo se puede abrir el juicio una vez que se haya establecido la imputación judicial, que decide que hay causa probable para el enjuiciamiento.

A este cometido se añade la atribución expresa a los jueces de la función de garantizar los derechos de los ciudadanos, durante el desarrollo del procedimiento penal, y no sólo en la sentencia que le ponga fin, sino en la fase de investigación, cuando el imputado viene amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

En esta fase del procedimiento deben especialmente preservarse las garantías, no sólo porque se adoptarán medidas cautelares que representan graves intromisiones en el ámbito de la libertad, de la intimidad o del secreto de las comunicaciones, sino porque los medios y técnicas de investigación, con la finalidad de hacer más eficaz el descubrimiento de los delitos, ponen en juego con harta frecuencia los derechos fundamentales, como cuando se utilizan agentes encubiertos o se realizan investigaciones prospectivas.

De todo lo dicho es fácil colegir que la función de garantizar los derechos de

quienes intervienen en esa primera fase del procedimiento penal —y, muy señaladamente, los derechos del imputado— cuando subsiste la figura del juez de instrucción corre el riesgo de convertirse en algo colateral y, lo que es peor, esencialmente incompatible con el resto de cometidos que ese juez tiene atribuidos.

Es de todo punto contradictorio dirigir la investigación, u ordenar de oficio diligencias para averiguar los hechos y establecer inicialmente las responsabilidades, acordar además medidas restrictivas de cualquier derecho —incluida la medida de prisión— y, al propio tiempo, desempeñar el papel de garante de los derechos fundamentales de todos los sujetos afectados por el proceso penal y, sobre todo, de la persona a quien se han decomisado los bienes, se han intervenido las comunicaciones, se ha allanado el domicilio o se le ha privado de la libertad.

En todo caso, no se debe esquivar la idea de que el diseño de esta fase inicial del procedimiento puede desembocar en una contaminación irreversible del material del juicio por la falta de imparcialidad del instructor, que carece en la práctica de filtros y de balances

para corregir las desviaciones en que las actuaciones derivadas de su compleja y amplia competencia pudieran incurrir. Pero también se traiciona el principio acusatorio cuando el juicio se convierte en un trámite puramente formal, que recuerda la ratificación de la confesión del acusado en el proceso inquisitivo.

Configurándose la fase de investigación de los delitos de modo diferente en los distintos ordenamientos de la cultura jurídica occidental, tanto de corte romanista como anglosajón, en lo que concuerdan todos ellos es en el reconocimiento y estricto respeto del principio de que el ejercicio de la acción penal ha de venir encomendada a un sujeto diferente del tribunal que ha de dictar sentencia. Porque la sanción penal encuentra su legitimación, entre otras cosas, en la intervención de un juez, que ha de ser un tercero imparcial e independiente, ante el que se presenta una acusación, formulada y sostenida por un tercero, diferenciado de quien debe dictar la sentencia. De este modo, sin acusación, que es el acto procesal en que se concreta el ejercicio de la acción penal, no puede haber condena y ni tan siquiera puede abrirse el juicio.

Frente al derecho a la acusación, el derecho inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo

contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad. La defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal, y con tal perspectiva se deben ordenar determinadas garantías para la tramitación del proceso. El derecho de defensa exige la contradicción procesal, trasunto del derecho a un proceso con todas las garantías, para su intervención en el proceso y se traduce además en otros derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Una vez que se ha ejercido el derecho de acusación por el legitimado para ello y se ha incoado el procedimiento penal se produce la imputación. De la imputación se debe informar inmediatamente al afectado, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar diligencia de investigación alguna que pretendiera corroborar a *limine* los hechos presuntamente delictivos.

La comunicación de la imputación consistirá en darle a conocer, de modo





que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquéllas), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de la investigación y las posibles consecuencias del proceso penal, de forma suficiente para que se pueda defender con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la ilustración acerca de todos los derechos que integran la defensa.

Para superar el proceso penal inquisitivo, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, que pudiera durar indefinidamente, y mantener viva la sospecha sobre el investigado, para luego caer sobre él en el momento más inesperado. En el proceso inquisitivo el instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él; muchas veces no se le interrogaba porque se presumiera que había cometido un hecho delictivo, sino para saber si había hecho algo.

La mera imputación policial confiere al sujeto una serie de derechos de defensa que deben ser escrupulosamente respetados: en primer lugar, a tener conocimiento de que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable; en segundo lugar, a la asistencia de abogado y, en tercer lugar, a proponer la práctica de elementos probatorios para liberarse del procedimiento. Por eso, también cuando las actuaciones de la policía o las diligencias del fiscal finalizan con el archivo y no se inicie procedimiento judicial alguno, hay que darlas a conocer al imputado, pues no cabe sustraer estas diligencias por lo menos a la garantía de la contradicción y la defensa, del control de quien ha estado sometido a ellas.

En conclusión, todas las personas gozan de un marco de actuación en libertad que pueden ejercer en todo momento, incluso si se hubiera formulado una imputación delictiva contra ella; la libertad de movimientos y el resto de libertades públicas únicamente terminan o se recortan en el momento y en la medida en que se dicte una sentencia de condena por un juez competente y respetando todas las garantías procesales. Este estatus es el que se protege con la presunción de inocencia, que es un avance de la

civilidad y obliga al poder a enfrentarse a una posible respuesta penal pasando por la salvaguarda de los derechos de la persona antes y durante el proceso.

## 2. El derecho a la presunción de inocencia como clave del sistema penal

La presunción de inocencia opera como clave de arco de todo el sistema penal, en la medida en que sitúa el proceso penal dentro de los parámetros constitucionalmente admisibles. El proceso penal debe resolver el conflicto jurídico que se plantea entre la sociedad, afectada en los bienes jurídicos que se tutelan en las normas del Código Penal, y el presunto autor de la infracción a esos bienes, por haber realizado una conducta delictiva. Este conflicto solo tiene dos soluciones: o bien el señalado como infractor lo es realmente y el Estado tiene en el caso concreto derecho de castigar esa conducta, imponiendo una sanción penal, o bien se ha de dictar sentencia absolutoria; *tertium non datur*.

Desde los postulados revolucionarios franceses se toma en cuenta que no existe un derecho subjetivo a la imposición de sanciones penales, es decir, que la acusación en el proceso penal no pretende el reconocimiento de

derechos propios, ni es titular de la relación jurídica. En el proceso penal se están ventilando intereses públicos, pues se trata de determinar si en el caso concreto el Estado tiene la potestad de imponer una sanción de esta naturaleza al acusado; en segundo lugar, las medidas que se adopten tanto para investigar como para asegurar la prueba o el desarrollo del proceso, pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales, señaladamente a la libertad personal.

Por estas dos razones, el proceso penal está regido por un principio que debe ser respetado en todo momento, desde su inicio hasta la decisión judicial firme: la presunción de inocencia, que exige colocar al imputado como protagonista de las actuaciones del procedimiento.

Este derecho fundamental significa dos cosas: por un lado, según es generalmente conocido, la presunción de inocencia es una *regla de juicio*, lo que significa que una persona sólo puede ser considerada culpable cuando el juzgador la condene por haber alcanzado la convicción acerca de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, tomando como base las pruebas de cargo suficientes legalmente obtenidas.



La culpabilidad solamente se puede establecer a través de pruebas practicadas en el juicio y con respeto a las normas procesales en su obtención. La presunción de inocencia ha de regir durante todo el procedimiento, sin que pueda ser enervada más que mediante sentencia condenatoria debidamente motivada partiendo de la prueba de cargo legalmente obtenida que acredite más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado.

Pero, junto a esta manifestación de la presunción de inocencia como regla de juicio, opera otra distinta, que la hace funcionar como *regla de tratamiento del imputado*, lo que significa que éste deberá ser tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad penal, es decir, durante todo el procedimiento penal<sup>2</sup>.

Esta visión netamente procesalista ha sido matizada por una concepción constitucionalista de la presunción de inocencia que partiría del concepto originario utilizado en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano cuando en 1789, en la Asamblea Francesa Duport propuso introducir la presunción de inocencia en el artículo 9 de la misma.

Entendida de este modo, la presunción

de inocencia se reconoce, se aplica y protege al ciudadano frente a cualquier intromisión o menoscabo que pueda padecer en sus libertades, con independencia de que se haya abierto un proceso penal y atendería tanto a la protección del principio de legalidad, como de la libertad de movimientos o del derecho al honor, como a la propia imparcialidad de los jueces y la separación de poderes. Respecto del principio de legalidad, no existe culpabilidad si el comportamiento no puede subsumirse en alguna norma legal, por más que esa conducta pueda repugnar a algunos sectores sociales; eso quiere decir que la declaración de culpabilidad debe ser una declaración legal, sometida a la Ley. Además, la presunción de inocencia es una garantía de la libertad personal frente a un poder sancionador "arbitrario" del Estado, por incumplimiento de la ley o por abuso de poder<sup>3</sup>.

El objeto originariamente protegido por el derecho a la presunción de inocencia no era de naturaleza exclusivamente procesal, no era el proceso (derecho a la prueba, con todas las implicaciones que esto conlleva: principio acusatorio, teoría del "árbol envenenado" para las pruebas vulneradoras de derechos etc.), sino la libertad; un derecho preprocesal

que protegía la libertad individual de los abusos del poder público. Por eso la presunción de inocencia era más bien un derecho de carácter extraprocesal que protegía la libertad individual antes del juicio, y que por ello estaba directamente relacionado con las medidas cautelares y la detención preventiva, que se permitían si, y sólo si, con ellas se garantizaba la celebración de un juicio donde se aplicaría la Ley, conforme al ritual descrito por la Ley<sup>4</sup>.

Por lo tanto, podría decirse que la presunción de inocencia en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano era un derecho que protegía la libertad individual frente al ejecutivo antes del proceso, y frente al judicial durante el proceso (derecho al juicio justo), pero en todo caso es la defensa de la persona frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal en cualquier forma en que éste se manifieste<sup>5</sup>.

Esta doble consideración se ha recogido por el Tribunal Constitucional español en la STC 109/1986 (FJ 1), de la que fue ponente Díez-Picazo, donde sostiene que la presunción de inocencia

*“Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter*

*delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada «presunción de inocencia», con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. De este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos.”*

Así pues, la presunción de inocencia actúa sin duda alguna como derecho de carácter estrictamente procesal, no solo para el derecho norteamericano sino también en la tradición jurídica francesa, y forma parte del más amplio derecho al proceso debido (*due process*) que se



reclama siempre de la actuación del sistema de justicia penal. Aquí entronca con la actividad probatoria de cargo que es necesaria para justificar una sentencia de condena, a la que luego se hará referencia.

En esta doble consideración, en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la presunción de inocencia de 2006<sup>6</sup>, tras reproducir el artículo 6.2 del CEDH (“toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”) y el artículo 48 de la CDFUE (“toda persona se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente”), se resume el contenido de la jurisprudencia del TEDH, señalando que i) la presunción de inocencia sólo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos; que ii) el acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable; que iii) la presunción de inocencia requiere que los miembros del tribunal no tengan una idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa; que iv) no debe producirse

ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal; que v) el acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva salvo por motivos excepcionales y, si lo fuera, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia<sup>7</sup>; que vi) la carga de la prueba de la culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado y éste podrá negarse a contestar preguntas; que vii) generalmente no se le exigirá al acusado que presente pruebas autoinculpatorias y que viii) sus bienes sólo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a Derecho.

El 11 de marzo de 2016 se publicó en el DOUE la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo del mismo año, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Con esta directiva, que debe transponerse antes del 1 de abril de 2018 según en ella se dispone, se avanza en el reforzamiento de los derechos procesales de las personas sospechosas y acusadas en procedimientos penales que se diseñó en la hoja de ruta

aprobada en el Consejo Europeo de 30 de noviembre de 2009 y se va complementando el marco legal previsto en el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, reforzando la confianza mutua entre las autoridades judiciales y los Estados miembros, facilitando el reconocimiento mutuo de decisiones en asuntos penales. En cumplimiento de esta hoja de ruta se han aprobado ya la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho de interpretación y traducción en procedimientos penales, la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho de información en procedimientos penales, y la Directiva 2013/48/UE relativa al derecho de acceso a un abogado en procedimientos penales y en procedimientos de la orden de detención europea y sobre el derecho a informar de la privación de libertad a una tercera persona, así como de comunicarse con terceras personas y las autoridades consulares en el curso de la privación de libertad.

### ***2.1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento y garantía de la libertad y de otros derechos fundamentales***

Es importante determinar el ámbito temporal en que se reconoce este derecho, esto es, si se aplica sólo a favor

de la persona contra la que se han formulado cargos<sup>8</sup>, lo que parece reclamar un acto formal de imputación por parte de los poderes públicos, o también incluso antes de que las autoridades competentes les hayan comunicado su condición de sospechoso o acusado, en cualquier fase del proceso, y se extiende hasta la conclusión del proceso<sup>9</sup>.

#### ***A) La información sobre las investigaciones penales y el derecho al honor amparado por la presunción de inocencia***

La presunción de inocencia exige **tener y presentar como inocente a una persona hasta que se dicte una sentencia de condena**, y el problema viene de inmediato cuando se trata de determinar a quiénes alcanza el deber de preservar la presunción de inocencia. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el deber de respetar este derecho se aplica a todas las autoridades, sean autoridades judiciales u otros cargos públicos y funcionarios, como pueden ser los responsables policiales (así, en la STEDH de 28 de junio de 2011, en el caso Lizaso Azconobieta c. España, el Tribunal entendió que se había producido una violación de la presunción de inocencia por unas declaraciones a la prensa del Gobernador Civil de Guipúzcoa en 1994,



en donde atribuyó al demandante su pertenencia a un comando de ETA; tras prestar declaración ante el juez central de instrucción, fue puesto en libertad sin cargos y nunca se le llegó a acusar de delito alguno)<sup>10</sup>.

El art. 4 de la Directiva 2016/343, sobre presunción de inocencia, obliga a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para garantizar que las autoridades públicas no se refieran al investigado o al acusado como culpable, sin perjuicio de las actuaciones preliminares para acreditar la responsabilidad del sospechoso o las decisiones procesales que se adopten con base en indicios o en un elemento de prueba incriminatoria.

Con mucha frecuencia, la aflicción que padece el sometido a un proceso penal es mucho mayor por la repercusión mediática de su detención, o de su imputación, que incluso por la sentencia de condena si es que finalmente llega a producirse. El factor de la proximidad temporal a los hechos, y la memoria más vívida de lo sucedido, fijan en la opinión pública la imagen de la imputación, mientras la condena, en su caso, vendrá después de un prolongado periodo de procedimiento penal y merecerá solamente un espacio minúsculo en el mismo medio de comunicación. Esa

imagen inicial suele perdurar, de modo que cuando el imputado es declarado inocente, en una sentencia absolutoria, la reparación de su derecho se vuelve punto menos que imposible.

Ahora bien, el respeto y la salvaguarda de la presunción de inocencia no pueden limitar la acción de los poderes públicos, ni impedirles actuar en un doble sentido: por una parte, el respeto a la presunción de inocencia no es incompatible con el traslado a los ciudadanos de la información sobre las investigaciones que se estén realizando para esclarecer los delitos, como deber de las autoridades que estén al frente de ellas. De otra parte, le presunción de inocencia no prohíbe investigar las conductas delictivas, ni dirigir la investigación contra una persona determinada, aunque deba ser considerada y tratada como inocente, y en este marco, en aras de una finalidad procesal (poder celebrar el juicio y evitar la desaparición de pruebas o el entorpecimiento de la propia investigación), cabrá adoptar medidas cautelares, restrictivas o limitativas de derechos en contra de quien ha de ser considerado inocente.

La presunción de inocencia, desde la perspectiva de la información, exige adoptar todas las cautelas en las

comunicaciones de las autoridades con los medios de comunicación<sup>11</sup>, evitando trasladarles la idea de que el sospechoso sea en realidad un condenado, más allá del empleo de alguna palabra (como presunto, presuntamente) que permita y llegue a justificar formalmente la actuación de la autoridad, la transmisión de la noticia a los periodistas. No obstante, alguna sentencia del TEDH considera que es defendible que las autoridades puedan informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad<sup>12</sup>, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado<sup>13</sup>, y se manifieste con discreción y prudencia, lo que no parece suficientemente respetuoso con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sin duda alguna, **la información sobre las investigaciones en curso**, o sobre el procedimiento penal en tramitación, resulta enormemente delicada a los efectos de garantizar suficientemente la presunción de inocencia, pues el hecho de que provenga la noticia de una fuente pública le confiere una mayor credibilidad, cercana a la certeza, acerca de la culpabilidad de la persona sobre la que se informa<sup>14</sup>.

Claro es que esto no permite ocultar a la

opinión pública los avances en la investigación criminal; es deber de la policía y del Ministerio Público trasladar a la ciudadanía la respuesta que logra dar el sistema penal ante la comisión de un delito, especialmente cuando éste hubiera tenido gran repercusión pública y llega a atemorizar e inquietar a la población. Por eso, como reconoce la STEDH de 28 de junio de 2011 (caso Lizaso Azconobieta c. España),

*“el artículo 6.2 no puede impedir, en virtud del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen a los ciudadanos sobre el desarrollo de las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con total discreción y reserva, tal y como exige el principio de la presunción de inocencia (sentencias Allenet de Ribemont, previamente citada, ap. 38 e Y.B. y otros contra Turquía, núms. 48173/1999 y 48319/1999, ap. 47, 28 octubre 2004). Si bien el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y comunicación implica el derecho a informar sobre procesos judiciales y, por ende, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos datos objetivos extraídos del proceso, estima, sin embargo, que tales datos deben estar exentos de cualquier valoración o juicio de culpabilidad (Sentencia Y.B. y otros contra Turquía, previamente citada, ap. 49).*





*El Tribunal destaca, a este respecto, la importancia de la elección de los términos por los funcionarios del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y condenada como autora de un delito. Considera así que lo importante a efectos de aplicación de la citada disposición es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su forma literal (Sentencia Lavents contra Letonia, núm. 58442/2000, ap. 126, 28 noviembre 2002). Sin embargo, la cuestión de si la declaración de un funcionario público constituye una vulneración del principio de la presunción de inocencia, ha de resolverse en el contexto de las circunstancias concretas en las que se formuló (Sentencia Adolf contra Austria de 26 marzo 1982, aps. 36-41, serie A, núm. 49). Debe distinguirse entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona en cuestión es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras lesionan la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas, en varias ocasiones, conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio (Sentencia Marziano contra Italia, núm. 45313/1999, ap. 31, 28 noviembre 2002)."*

Por lo tanto, la presunción de inocencia no puede impedir a las autoridades encargadas de la investigación penal, es

decir, a la policía, al Ministerio Fiscal y a los jueces de instrucción (allí donde existan), que investiguen a una persona concreta y determinada para, a partir de ahí, buscar cualquier elemento probatorio que permita esclarecer el delito que se ha cometido, y en esta función podrán recabar también prueba de cargo contra un sospechoso, e incluso adoptar medidas que lleguen a privarle de la libertad, pues como hemos señalado antes, las autoridades podrán realizar actuaciones preliminares para acreditar la responsabilidad del sospechoso o adoptar decisiones procesales basadas en indicios o en un elemento de prueba incriminatoria (art. 4.1 de la Directiva 2016/343). Es decir, la presunción de inocencia no puede blindar al investigado, ni siquiera entendida como regla de tratamiento, impidiendo la averiguación de los hechos que han de realizar las autoridades públicas; por esta razón, el art. 7.3 de la misma Directiva de 2016 sobre la presunción de inocencia reconoce que el ejercicio del derecho a no autoincriminarse no puede entorpecer a la autoridad competente para recopilar los elementos de prueba que legalmente se puedan obtener en el ejercicio de los poderes de coerción, los cuales se ejercen independientemente de quienes sean las personas sospechosas o acusadas.

## B) La adopción de medidas cautelares

Durante la tramitación del procedimiento penal, la presunción de inocencia también ha de encontrar un adecuado equilibrio no sólo con la prohibición de presentar públicamente a una persona como culpable antes de una sentencia condenatoria firme, sino también a la hora de investigar los delitos y de imponer **medidas cautelares**, puesto que la adopción de una medida cautelar supone en todos los casos la privación o limitación de bienes o derechos personales o patrimoniales para el imputado, que goza de la presunción de inocencia y se ve privado de ellos a partir precisamente de su imputación y, en algunos casos, implica imponerle una medida exactamente idéntica a la pena.

Pues bien, entendida como regla de tratamiento o garantía de la libertad, la presunción de inocencia se coloca en el mismo campo temporal de la investigación del delito y de las medidas cautelares, es decir, en un momento anterior al juicio y a la sentencia condenatoria firme, y es lo cierto que algunas actuaciones de investigación y en todo caso las medidas cautelares representan una injerencia o un menoscabo de libertades o derechos de quien no ha sido aún condenado, y la

presunción de inocencia exige precisamente tratar a esta persona como inocente en esos mismos momentos procesales.

Será preciso entonces explicar suficientemente las relaciones y la **compatibilidad entre el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia y la adopción de las medidas invasivas o restrictivas de derechos**. Aquí reside la clave que es preciso desvelar y que autorizaría a decretar intromisiones que privan de derechos a una persona que está amparada constitucionalmente por la presunción de inocencia sin una sentencia firme que lo justifique, es decir, sin haber logrado destruir esa presunción.

Esta finalidad procesal ya estaba presente en el art. 9 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, donde se disponía:

*“Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.”*

Por tanto, aunque se reconocía la necesidad de privaciones de libertad antes de la declaración judicial de



culpabilidad, se establecían limitaciones rigurosas de cualquier medida que no fuese imprescindible.

Las medidas limitativas de derechos del imputado sólo se pueden justificar en el horizonte de una sentencia penal condenatoria; con ellas se trata de conseguir elementos de prueba para abrir el juicio o para garantizar que se culmine el procedimiento y, en todo caso, parten de la premisa de que se vaya a declarar culpable a la persona contra quien se ordenan. Esta atribución de responsabilidad penal en los momentos iniciales del proceso tiene un carácter provisional, indiciario, pero indudablemente han de existir<sup>15</sup>, pues si se entendiese que la sentencia final iba a ser de absolución sin duda sería impropio adoptar cualquier medida ni de investigación ni de aseguramiento, como impropio sería continuar tramitando el proceso penal, al que debería ponerse fin de inmediato<sup>16</sup>.

Ahora bien, la situación jurídica en que se encuentra quien se ve obligado a soportar la medida es enteramente distinta: se trata de un sujeto amparado por la presunción de inocencia, mientras que con la sentencia se ha producido el vencimiento de esa presunción de inocencia, que se cambia por la certeza de la culpabilidad.

Por todo ello, debe clarificarse *si es compatible mantener que en el proceso penal se respeta la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado cuando se adoptan medidas limitativas de derechos que están partiendo de una probable sentencia condenatoria.*

La presunción de inocencia en el momento del juicio sólo se desvanece cuando se ha obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Eso no significa que el objetivo que se persigue en el procedimiento penal sea demostrar la inocencia; muy al contrario, como señala VIVES<sup>17</sup>, el procedimiento penal sólo debe asegurar que quien ha de sufrir la pena es verdaderamente culpable, y eso excluye acoger en la sentencia condenatoria las versiones de los hechos que parezcan “más probables”, o aquello que “intuitivamente” se crea como verdadero, en lugar de atenerse a lo que puede afirmarse “sin lugar a dudas” como cierto; por lo tanto no se puede renunciar a la verdad, a la certeza objetiva y a la seguridad incontestable, que abarca tanto a los hechos como al derecho, e imponer la pena cuando no se puede estar seguro de que se haya cometido el delito<sup>18</sup>.

Sin embargo, es muy evidente que ni esas garantías se han respetado ni esas pruebas se han practicado en el momento en que la Ley autoriza la adopción de medidas limitativas de derechos en contra de un imputado, que debe ser tratado como inocente porque la culpa no ha sido probada. Por lo tanto, ha de ser otra la fundamentación de la decisión judicial que las acuerde, y no la culpabilidad del imputado, sin que pueda olvidarse que efectivamente se debe partir de unos indicios incriminatorios, que apuntan a una probable sentencia de condena.

La expresión que utiliza la Ley procesal española para expresar el presupuesto del *fumus boni iuris* en el sistema de medidas cautelares penales es la de “indicios racionales de criminalidad”, lo que apunta en una triple dirección que puede servir a estos efectos: en primer lugar, se ha de tratar de *indicios*, es decir, de afirmaciones basadas en datos y circunstancias de hecho que obren en las actuaciones y que representen más que una mera posibilidad y menos que una certeza, menos que la verdad que se declara en la sentencia, y que supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito, como se dijo en el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1984<sup>19</sup>. En segundo lugar, se ha de tratar de indicios *racionales*, lo que

supone la prohibición de unos indicios que fueran arbitrarios o caprichosos, como se decía en el Auto del Tribunal Constitucional español de 2 de junio de 1982 y, sobre todo, será necesario expresar esos indicios, fundamentar fáctica y jurídicamente la resolución, huyendo de impresiones subjetivas de quien acuerde las medidas. Por último, deben concurrir indicios racionales de *criminalidad*, lo que exige concluir en una imputación objetiva, de que efectivamente se ha cometido un hecho delictivo, y subjetiva, de que la persona contra quien se adopta la medida aparece como responsable.

Como sostiene OVEJERO, “desde la teoría constitucional de los derechos fundamentales, no podemos considerar a las medidas cautelares como “delimitación del derecho” a la presunción de inocencia. En primer lugar, no son garantías procesales similares a “la garantía de la prueba de cargo”, o a la de “mínima actividad probatoria”, o a la de “pruebas practicadas en el juicio oral”, etc., que hemos calificado como “garantías contenido del derecho”. Todas estas garantías protegen la libertad y demás derechos fundamentales del inculpaado durante el proceso. Protegen al inculpaado del proceso en sí. Mientras que las “medidas cautelares” protegen “el



proceso”, o el buen funcionamiento de la justicia, o el orden público, o la paz social, frente al inculpado. El objeto de protección no es el procesado, sino el proceso en sí, o desde una perspectiva más amplia, otros bienes superiores del Ordenamiento.”<sup>20</sup>

En todo caso, no se puede dejar de lado la ponderación de todas las circunstancias de la causa para respetar el elemental principio de proporcionalidad, porque la medida no sólo tiene que ser adecuada a los fines que con ella se persiguen, sino que además deberá guardar la debida proporcionalidad con los hechos que se depuran y con la respuesta sancionadora que puedan merecer, de modo que el sacrificio en la esfera de los derechos del imputado que la medida representa no puede ser más oneroso para quien la padece que el posible resultado condenatorio de la sentencia. El razonamiento judicial, la fundamentación de la resolución, es precisamente en este punto un elemento esencial no sólo para justificar la medida, sino sobre todo para entender el quebranto a la presunción de inocencia y permitir el control de la decisión del órgano público que la ordena y su precisa adecuación a las normas del ordenamiento jurídico.

## ***2.2. La presunción de inocencia como regla de juicio***

Como regla de juicio, la presunción de inocencia es un mandato dirigido al juzgador, de modo que únicamente podrá dictar una sentencia de condena tras haberse practicado en el proceso prueba de cargo suficiente y válida, que haya logrado la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable.

La absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (VIVES<sup>21</sup>).

La regla de la carga probatoria debiera aplicarse sin excepciones; trasladar al acusado la carga de probar su inocencia, aunque sea en casos excepcionales, es radicalmente contrario a toda idea de presunción de inocencia y se sitúa en el campo de las presunciones de culpabilidad.

No es suficiente la previsión de que basta que la defensa aporte pruebas suficientes que susciten una duda

razonable para obtener una sentencia absolutoria, porque ése es precisamente el funcionamiento normal de las normas sobre carga de la prueba: cuando persiste la duda en torno a un hecho, que el juez no puede dar por probado en la sentencia, la ausencia de prueba suficiente habrá de perjudicar siempre a la parte gravada con la carga probatoria. Y en el proceso penal es de todo punto evidente que la acusación debe probar todos los hechos constitutivos de su pretensión acusatoria para lograr una sentencia de condena, porque si deja en duda alguno de ellos y no se tienen por enteramente probados los distintos elementos que exige la condena: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, entonces la única solución posible es dictar una sentencia de absolución<sup>22</sup>.

En el momento de la práctica y valoración de la prueba que sirve para destruir la presunción de inocencia, los medios probatorios deben reunir una serie de requisitos esenciales, según la jurisprudencia constitucional, que los viene definiendo desde la STC 101/1985 (FJ 2). El Tribunal Supremo (entre otras muchas, STS 665/2012, de 12 de julio) ha considerado necesario en el examen del derecho fundamental a la presunción de inocencia examinar que en el caso concreto exista una prueba de cargo

suficiente<sup>23</sup>, de la que pueda deducirse razonablemente la culpabilidad del acusado, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, producida con todas las garantías procesales en el juicio oral, respetando la contradicción y la igualdad<sup>24</sup>.

Respecto de la actuación del órgano de casación cuando se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia por el tribunal de instancia, como se sostiene en el FJ 1 de la STS 858/2016, de 14 de noviembre

*2. La STS nº 831/2014, de 27 de noviembre, precisa el ámbito del control casacional cuando se efectúa una denuncia de este tipo relativa a la presunción de inocencia. La Sala debe efectuar una triple verificación.*

*a) En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediatez e igualdad que definen la actividad del Plenario.*

*b) En segundo lugar, se ha de verificar "el*



*juicio sobre la suficiencia", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y*

*c) En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión intra processum, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, extra processum, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.*

*En definitiva, el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia si bien no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia*

*porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, determina a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal.*

Y unos días antes, en la STS 857/2016, de 11 de noviembre, se decía lo siguiente:

*Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTs 383/2014 de 16 de mayo; 596/2014 de 23 de julio; 761/2014 de 12 de noviembre; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio ) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de*

*otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.*

### **3. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar**

Como parece obvio, la presunción de inocencia irremediadamente se quebraría si se le impusiera al sospechoso o acusado un deber de colaborar con las autoridades del sistema penal. Se impide así que el Estado, para cumplir con una más eficaz persecución del delito, pueda llegar a imponer una colaboración activa al imputado, de modo que él mismo haya de proporcionar a la parte contraria, a la acusación, elementos probatorios de cargo para que a base de ellos resulte en

definitiva condenado.

Sin duda el derecho a no autoinculparse y el derecho a no cooperar forman parte esencial del derecho de defensa (*nemo tenetur contra se detegere*), pero también se deben considerar desde la perspectiva de la presunción de inocencia, porque el Estado puede imponer (y así lo hace) un deber general de colaboración con la justicia, y muy especialmente con la justicia penal, que cede cuando esa colaboración se hubiera de reclamar del imputado<sup>25</sup>.

El derecho a no autoinculparse y a no colaborar debe amparar no sólo la mera pasividad del imputado ante la actividad investigadora de los poderes públicos y al propio desarrollo del proceso penal, sino también cualquier iniciativa o actuación del imputado encaminada a obstaculizar la investigación o el proceso en el marco que la ley le autorice, sin que sean jurídicamente reprochables los actos u omisiones del investigado encaminados a distraer, ocultar, velar, hacer desaparecer o destruir los instrumentos o efectos del delito, o elementos probatorios de cargo que pudieran ser importantes para descubrir y perseguir la acción delictiva.

Aunque no se le puede pedir a quien está sometido al proceso que





proporcione datos o elementos que lo incriminen, eso no quita para que el Estado quede inerte ante esas maniobras, como autoriza el artículo 7.3 de la Directiva 2016/343. La ley debe determinar las actuaciones de los órganos públicos de investigación penal tendentes a desvelar y descubrir lo sucedido y, de ese modo, perseguir y sancionar eficazmente el delito. La ejecución de estas actuaciones o medidas de investigación han de regularse por medio de una norma con rango de ley y ajustarse a lo que en ella se dispone, porque afectan o pueden afectar derechos de los ciudadanos, incluso derechos fundamentales, porque en el Estado de Derecho no se puede conseguir la verdad a cualquier precio.

Las medidas de investigación pueden naturalmente afectar o referirse a los actos y prevenciones que el propio imputado o un tercero hayan dispuesto para garantizarse su impunidad, logrando que no llegue a ser descubierto su delito, de modo que pueden comprender cualquier ámbito de relación del imputado, incluida la exploración de su persona, con una excepción: su mente, sus recuerdos, sus pensamientos y, desde luego, la expresión de estos pensamientos a través de las declaraciones.

Las diligencias de investigación que la ley regula comprenderán no sólo actuaciones que afecten o se refieran a terceras personas ajenas al delito, sino también al propio imputado, a su esfera personal y patrimonial, de modo que las autoridades podrán utilizar los recursos jurídicos que la ley prevé para impedir los actos de filibusterismo del imputado, o sus intentos de hacer fracasar el proceso, y para aportar al proceso con diligencias eficaces los elementos probatorios necesarios para desvanecer la presunción de inocencia.

Las normas legales marcan el campo de actuación de los poderes públicos, sus límites, del mismo modo que establecen las garantías con las que se rodean los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, si bien no se le impone al imputado el deber de colaborar o de cooperar al descubrimiento del delito, la ley no le permite sin embargo oponerse a la actuación investigadora oficial, siempre que ésta cumpla con las disposiciones legales.

Así pues, aunque las medidas de investigación afecten o incidan en la esfera jurídica y material del imputado, incluso aunque impliquen un menoscabo o una injerencia en sus derechos fundamentales, si esas medidas están autorizadas por la ley, sin recurrir a elementos probatorios

obtenidos con violación de los derechos del imputado, y siempre que satisfagan las demás exigencias del ordenamiento jurídico, serán legítimas, y podrán utilizarse como elemento probatorio de cargo, capaz de lograr la convicción del juzgador sobre la culpabilidad del acusado.

#### **4. Las declaraciones del imputado y el derecho al silencio**

Como es sabido, una de las principales fuentes de prueba, para llevar al conocimiento del juzgador los hechos delictivos que son objeto del procedimiento penal, son las declaraciones, es decir, las manifestaciones orales que una persona recuerda acerca de lo que se le pregunta o acerca de lo que presta declaración. El que ha participado directamente en los hechos, el autor del delito, es quien mejor puede relatar lo sucedido; él podrá dar razón en primera persona de todos los avatares de la acción criminal.

Sin embargo, si proporciona toda esa información incriminatoria, será condenado irremediamente. Si se consigue extraer todo su conocimiento, como si fuera el imputado el objeto de la investigación, sin duda el sistema represivo sería eficaz, pero a costa de sacrificar las garantías del proceso justo,

que se han venido construyendo desde la Revolución francesa al desterrar el proceso penal inquisitivo.

Por lo tanto, el derecho al silencio, a permanecer callado, a no declarar, es un elemento básico tanto del derecho general de defenderse y de no autoinculparse, como, sobre todo, del derecho a la presunción de inocencia.

Desterrada toda posibilidad lícita de violencia, presión o amenaza para con el imputado con el fin de obtener una declaración, la ley debe regular las *declaraciones* que voluntariamente preste el *imputado*, recogiendo las garantías constitucionales establecidas a este propósito, que deben respetarse escrupulosamente, pues su quebrantamiento invalida la práctica de la declaración, y lo que se hubiera obtenido en ella carece de toda eficacia procesal, como prueba de valoración prohibida (SSTC 186/1990 y 135/1989).

Obviamente no se pueden desdeñar las declaraciones que el imputado preste como elementos útiles para la investigación de los hechos que se persiguen. Sin embargo, el cambio que supone la aceptación de un proceso penal acusatorio inevitablemente ha de acarrear consecuencias en la consideración de sus declaraciones.



Éstas tienen esencialmente la naturaleza de un acto de defensa y, como tal, han de ser consideradas. Por eso mismo, el artículo 396 de la Leu de Enjuiciamiento Criminal española previene que se le permita «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos». Ante la imputación, pues en tal concepto se le toma declaración, le asiste el derecho de defenderse, y lo podrá hacer precisamente dando su propia versión de los hechos que se investigan y explicando, si lo considera conveniente, su eventual intervención en los mismos.

Como acto de defensa, aunque las declaraciones del imputado sean manifestación de un acto de conocimiento sobre hechos, la ley debe rodearlas de especiales cautelas y garantías, que van desde la preceptiva asistencia de abogado hasta la cumplida información acerca de sus derechos, lo que no quita para que, precisamente ejercitando su derecho a la defensa, pueda incluso reconocer los hechos.

La declaración ha de prestarse en calidad de imputado; esto significa que se le ha de hacer saber, desde el primer momento, que la citación se hace en esa condición, porque se le considera responsable de un delito; así pues, desde el principio y antes de acudir a prestar declaración debe quedar despejada

cualquier duda al respecto.

Eso no quita para que en los momentos iniciales de la investigación penal, cuando no están aún definidas las posiciones y las posibles responsabilidades, sea frecuente que se llame a declarar como testigos a determinadas personas por considerar que tienen conocimiento de los hechos, sin imputarles responsabilidad alguna. Si en esos casos se llega a advertir, a medida que avance el interrogatorio, que el declarante pudo haber tenido participación criminal en los hechos, deberá suspenderse la actuación para, una vez informado de sus derechos como investigado y asistido de su defensor, iniciar una nueva diligencia (SSTC 19 y 51/2000 y 153/1999, y SSTS de 8 marzo 1996 y 5 octubre 1994).

La declaración del imputado sólo puede prestarse a presencia de su abogado defensor, sea éste de confianza o un defensor público. Asimismo, debe ser informado, de manera que le sea comprensible, de los derechos que le asisten en su declaración: por un lado, el derecho a conocer la imputación, es decir, los hechos que se le imputan, incluso aunque se haya decretado el secreto de las actuaciones; por otro lado, de su *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*.

El investigado tiene derecho a declarar u optar por negarse a declarar, pero cuando decide prestar declaración no pierde su status procesal y no se asimila a los testigos, con los deberes que les son propios, como ocurre en el derecho norteamericano. En nuestro sistema procesal el imputado puede contestar a las preguntas que se le formulen o guardar silencio; puede contestar a unos y negarse a responder a otros; esclarecer los hechos o, en ejercicio de su derecho a la defensa, introducir dificultades en la investigación; puede responder verazmente o alterar la realidad, y el ordenamiento no sanciona esas falsas declaraciones.

Una de las manifestaciones más importantes de la posición del imputado es la de guardar silencio. Este derecho al silencio se podrá ejercitar tanto ante las autoridades policiales como judiciales en relación con la infracción penal de la que el declarante sea sospechoso o acusado, para lo cual habrá de informarse de este derecho.

El derecho a guardar silencio, que forma parte, según el TEDH, del derecho al proceso equitativo (del proceso con todas las garantías), tiene una única forma de manifestarse: no contestar, no declarar; no cabe ningún otro modo de

ejercer este derecho; el derecho al silencio sólo se puede ejercitar negándose a declarar.

Si esto es así, y no cabe concebir otro modo de ejercitar este derecho, no es posible sostener que el ejercicio de un derecho fundamental pueda reportar un perjuicio a su titular. Si el imputado tiene derecho a no declarar y no declara, ello no puede depararle ningún género de consecuencia desfavorable.

El derecho a no declarar lleva aparejado el deber de las autoridades públicas de no someter a interrogatorio a una persona imputada contra su voluntad, de modo que no se le puede obligar a padecer forzosamente una serie de preguntas a las que no quiere contestar. Es decir, el derecho al silencio impide todo género de coacción o tortura al imputado para lograr arrancarle una declaración que no está dispuesto a prestar.

Pero este derecho fundamental no puede quedarse ahí. Para amparar y proteger al imputado contra los excesos coactivos del poder ya estaría el derecho a la dignidad de la persona y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. El derecho al silencio tiene que ir más allá; no se trata de preservar al imputado de las coacciones, sino de



permitirle decidir libremente sobre su declaración (si quiere hacerla y en qué medida), y garantizarle también que este derecho sea efectivo. Y desde luego no es efectivo el derecho al silencio si se permite a las autoridades (y muy especialmente al juzgador) que lleguen a adoptar medidas contra el imputado, e incluso dictar sentencia condenatoria, tomando en consideración su silencio.

Esta consecuencia es sencillamente aberrante y contraria a la protección que debe dispensar el ordenamiento jurídico a un derecho fundamental. Si se reconoce el derecho a permanecer en silencio quiere ello decir que el imputado que es preguntado puede libremente contestar o no, y que cuando ejercita su derecho a no contestar, no cabe reprocharle luego su silencio porque en tal caso se estaría negando ese mismo derecho que se dice reconocer.

El silencio no puede tener un efecto inculpativo, por más que el TEDH, en la sentencia de 8 de febrero de 1996, del caso John Murray c. Reino Unido , considerase que no hay violación de los arts. 6.1 y 6.2 del CEDH por realizar una inferencia contraria al silencio, o darle a éste efecto inculpativo, si por la existencia de pruebas de cargo objetivas cabe esperar una explicación del

imputado.

Pues bien, el ejercicio del derecho al silencio no puede tener efecto alguno, y las acreditaciones de los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria deben ser presentados por el Ministerio Fiscal, sin que el Estado pueda recurrir a interpretaciones del silencio del imputado. Cuando un imputado, como hizo el Sr. Murray en Irlanda del Norte, se niegue a prestar declaración durante todo el procedimiento, su silencio no puede interpretarse como un elemento de inculpativo, por más que el sentido común nos pueda decir que para él era fácil explicar las razones por las que se encontraba en una casa cuando fue detenido y resulta que no ha querido responder a las preguntas que se le formularon. Pero no quiso; no quiso declarar, ejercitando su derecho fundamental y no se puede amparar al poder público que interpreta este silencio en su contra porque se negó a declarar<sup>27</sup>.

Con el mismo criterio que en el caso de la tortura, el Estado ha renunciado también a la prueba consistente en las declaraciones del imputado y no se le puede obligar a declarar<sup>28</sup>; debe pues obtener los elementos probatorios de cargo de otras fuentes distintas y trabajar diligentemente para llevar al

juzgador esos otros medios de prueba que orillan la declaración del imputado, que es contingente y está sujeta solamente a su voluntad.

Por tanto, el derecho al silencio debe ser incondicionado, sin ninguna consecuencia jurídica perjudicial para su titular que lo ha decidido ejercitar, porque de otro modo se estaría negando el propio derecho, y se traicionaría su contenido esencial si se le anuda esa consecuencia dañosa para el imputado. Como dice el juez Pettiti en el voto particular de la STEDH caso John Murray c. Reino Unido<sup>26</sup>, “el derecho al silencio es un principio mayor” y “cualquier coacción que tenga como efecto sancionar el ejercicio de este derecho, deduciendo consecuencias desfavorables al imputado, constituye un atentado a este principio”.

No es un problema de intensidad en la prueba de cargo existente cuando se le solicita que declare, o de las consecuencias de su silencio por la importancia incriminatoria que se le pueda atribuir. Es simplemente que no se puede extraer consecuencia alguna en contra de quien ha ejercitado un derecho fundamental por el mero hecho de ejercitarlo del único modo en que es posible ejercitarlo<sup>29</sup>.

El problema es que el derecho al silencio lo que permite justamente es no contestar, ya no por temor a una sanción, a un castigo que se pudiera imponer al renuente; ésta es una consecuencia que hoy se encuentra totalmente desterrada de nuestra cultura. Sin embargo, si se reconoce la existencia de un derecho no puede derivar de su ejercicio una consecuencia desfavorable para su titular, porque en ese caso se le habrá de informar al imputado de que su silencio podrá ser utilizado en su contra; y entonces es que el tal derecho al silencio no existe, es una mera fórmula vacía que la realidad contradice. Porque si el imputado se ve abocado a dar explicaciones con la amenaza de una condena si no las proporciona, ciertamente estaremos negando cualquier derecho al silencio.

Parece que finalmente, al menos en el reconocimiento normativo, se ha llegado a esta misma solución en la Directiva 2016/343 sobre la *presunción de inocencia*, pues en el artículo 7.5 se dispone que el ejercicio por el sospechoso o acusado de permanecer en silencio o el derecho de no autoincriminarse no podrá ser utilizado contra él y no podrá ser tomado como prueba de que ha cometido el delito de que se trate.



## Notas

<sup>1</sup>Recogiendo los postulados de BECCARIA, De los delitos y de las penas, Livorno, 1864, cap. XVI, para quien “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema; o el delito es cierto o incierto; si cierto no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados” (ed. argentina, publicado en Brasil, editorial Heliastra, 1993, pág. 88). juzgador esos otros medios de prueba que orillan la declaración del imputado, que es contingente y está sujeta solamente a su voluntad.

Por tanto, el derecho al silencio debe ser incondicionado, sin ninguna consecuencia jurídica perjudicial para su titular que lo ha decidido ejercitar, porque de otro modo se estaría negando el propio derecho, y se traicionaría su contenido esencial si se le

anuda esa consecuencia dañosa para el imputado. Como dice el juez Pettiti en el voto particular de la STEDH caso John Murray c. Reino Unido, “el derecho al silencio es un principio mayor” y “cualquier coacción que tenga como efecto sancionar el ejercicio de este derecho, deduciendo

<sup>2</sup>Cfr. LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso”, en Diario La Ley nº 8121, 3367/2013, de 8 de julio de 2013.

<sup>3</sup>Cfr. OVEJERO PUENTE, Constitución y derecho a la presunción de inocencia, Valencia, 2006, págs.. 52-53. Hace notar, sin embargo, que para los norteamericanos la presunción de inocencia tiene un contenido exclusivamente procesal, que forma parte, como derecho derivado, del derecho al debido proceso: pág. 63.

<sup>4</sup>OVEJERO PUENTE, Idem, pág. 53. Más adelante sostiene, pág. 336, que “limitar el derecho a la presunción de inocencia a una mera garantía procesal, dentro de los derechos contenidos en el derecho al procedimiento debido supone mermar su auténtico potencial constitucional como garantía de la libertad en

situaciones extraprocesales donde los derechos del ciudadano no están garantizados ni por la intervención del juez, ni por las garantías legales que desarrollan el derecho al proceso debido. En especial se ven afectados derechos individuales como el derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, etc. que no quedan suficientemente garantizados con la protección específica ofrecida por la Constitución y las leyes de desarrollo, cuando se trata de situaciones previas a la celebración de juicios penales, o cuando se trata de proteger al sospechoso o procesado frente a la acción de la opinión pública antes de la celebración del juicio.” Y sigue diciendo que “Con ello no se dice que la presunción de inocencia no sea también una garantía procesal del “derecho al juicio justo”. Lo es en relación con el derecho al proceso debido, que exige que en el proceso a través del cual se ejercita la potestad jurisdiccional se respeten una serie de garantías, como el tratamiento de inocencia del imputado, el derecho a la legítima defensa, el derecho a la prueba en descargo, el derecho a la prueba de cargo, etc. Esta hipótesis parece ser congruente con la intención inicial de nuestro constituyente en la primera redacción

del artículo 24, 1 y 2 del texto de la ponencia antes del cambio en la primera cláusula.”

<sup>5</sup>En este sentido, y yendo más allá, con buen criterio VEGAS TORRES, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid, 1993, págs. 35 y ss., se refería a la presunción de inocencia como principio informador de todo el proceso, como regla referente al tratamiento del inculpado y como regla relativa a la prueba.

<sup>6</sup>Vid. Libro Verde presentado por la Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre “La presunción de inocencia”, COM (2006) 174 final, que se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0174&rom=ES>

<sup>7</sup>Resulta contradictorio referirse a la “presunta inocencia”, porque esa expresión da idea de que el cuestionamiento de la inocencia por la acusación hace surgir una verdad interina que sería preciso destruir por el acusado, cuando la presunción de inocencia funciona justamente en un sentido enteramente inverso.





<sup>8</sup>X v. FRG nº 4483/70 – Demanda considerada inadmisibile

<sup>9</sup>De acuerdo con el art. 3 de la Directiva 2016/343, la presunción de inocencia debe garantizarse tanto a los sospechosos como a los acusados, lo que abunda en la idea de protección del derecho a la libertad frente a las intromisiones de los poderes públicos.

<sup>10</sup>Con cita de las SSTEDH *Alenet de Ribemont c. Francia*, de 10 febrero 1995, ap. 36, serie A, núm. 308; *Daktaras c. Lituania*, núm. 42095/1998, aps. 41-42, TEDH 2000-X y *Butkevicius c. Lituania*, núm. 48297/1999, ap. 53, TEDH 2002-II (extractos).

<sup>11</sup>Como señala OVEJERO PUENTE, op. cit., pág. 365, “El tratamiento de inocencia del imputado, e incluso antes, del sospechoso, se impone a todos los poderes públicos. Por eso opera en situaciones extraprocesales, cuando en ellas interviene uno de los poderes del Estado. En estos casos presunción de inocencia es el derecho a no recibir ni la consideración, ni el trato de autor o de partícipe en hechos delictivos o análogos a éstos, e implica el derecho a que no se apliquen, ni las consecuencias jurídicas, ni ninguno de los efectos anudados a ellas (STC 109/1986)”.

<sup>12</sup>*Krause c. Suiza* Nº 7986/77, 13DR 73 (1978)

<sup>13</sup>*Alenet de Ribemont c. Francia* A 308 (1995). 37, 41.

<sup>14</sup>No es asumible, sin embargo, que el poder público presente directamente al investigado como culpable. La retransmisión de detenciones o de registros domiciliarios en directo, cuando la policía o los investigadores convocan a la prensa son intolerables ataques a la presunción de inocencia y no respetan en lo más mínimo el derecho de toda persona a ser presentada como inocente.

<sup>15</sup>Como señala OVEJERO PUENTE, op. cit., pág. 201, “es muy difícil conjugar el deber de consideración de inocencia del acusado en la investigación y el tratamiento como inocente del procesado, por parte del mismo juez al que la Ley faculta para imponer medidas preventivas, cuando crea que existen indicios racionales de criminalidad. Desde el momento en que el juez de instrucción dicta una medida cautelar fundamentada en dichos indicios, en la creencia racional de que el acusado cometió el delito, es imposible sostener que dicho juez actúa respetando la inocencia del acusado, o como si el acusado fuera inocente. El juez

instructor vulnera la presunción de inocencia porque declara en una resolución judicial con efectos jurídicos, que cree que el acusado es culpable. Y no sólo eso sino que quedará en entredicho también su imparcialidad, en la instrucción de la investigación y en la averiguación de los hechos. Desde este punto de vista las medidas cautelares no son sólo restricciones constitucionalmente permitidas del derecho a la libertad personal, y a la presunción de inocencia, sino también del derecho al juez imparcial y del derecho a la tutela judicial efectiva.”

<sup>16</sup>Además, estas medidas en muchas ocasiones no representan un sacrificio de menor intensidad al que deriva de una condena penal, sino que suponen un agravio semejante, cuando no resulta enteramente idéntico al que se produce en ese momento final del proceso.

<sup>17</sup>VIVES ANTÓN, Tomás S.: La reforma del proceso penal. Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal, Valencia, 1992, *passim*; IDEM, La libertad como pretexto, Valencia, 1995, *passim*.

<sup>18</sup>Esa verdad es la que se puede alcanzar solamente con el respeto a las garantías procesales de defensa y contradicción, porque la presunción de inocencia como regla de juicio opera “como el derecho

del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías”, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril. Teniendo en cuenta que en el proceso se debe obtener una decisión justa, es necesario no sólo una elección e interpretación correcta de la norma aplicable, sino una fiable determinación y comprobación de los hechos y la utilización de un proceso válido y justo para el enjuiciamiento (TARUFFO, Ideas para una teoría de la decisión justa, en Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil [trad. Quintero de Prieto], Madrid, 2006, pp. 199-212; COLMENERO, Ciudadanía y justicia. Eficacia y legitimidad de la Administración de Justicia, en “Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas” (5/2009), pp. 117 y ss.

<sup>19</sup>Los indicios suponen un juicio de atribución delictiva a partir de los datos del procedimiento, que sea conforme con las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia; eso quiere decir que las simples sospechas, las hipótesis o las conjeturas, que tal vez pudieron



justificar el inicio de las investigaciones penales, deben ceder en el momento en que se decretan medidas cautelares a las certidumbres, provisionales si se quiere, pero certidumbres al fin y al cabo del órgano público que puede adoptarlas. Las “razonables sospechas” operan, en criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantenido desde antiguo, como condición necesaria para adoptar y mantener la medida cautelar [Sentencias de 10 noviembre 1969 (caso Stögmüller c. Austria); 28 marzo 1990 (B. v. Austria); 26 junio 1991 (caso Letellier c. Francia); 27 noviembre 1991 (caso Kemmache c. Francia); 12 diciembre 1991 (caso Toth c. Austria); 12 diciembre 1991 (caso Clooth c. Bélgica); 27 agosto 1992 (caso Tomasi c. Francia), y 26 enero 1993 (caso W. v. Suiza)].

<sup>20</sup>OVEJERO PUENTE, op. cit., págs. 188-189, y termina afirmando que “las medidas cautelares no pueden entenderse como contenido del derecho, en cuanto a “delimitación del derecho”, pues no son restricciones para el ejercicio normal del derecho a la presunción de inocencia, sino límites del derecho, pues constituyen, por propia definición, restricciones ocasionales, justificadas por circunstancias extraordinarias como son el temor a que el juicio no se celebre por la ausencia del

acusado, o a la comisión de otros delitos semejantes, o la pérdida de evidencias necesarias en la investigación y en el enjuiciamiento de los hechos, etc, que condicionan la esfera protegida por el derecho a la presunción de inocencia.

<sup>21</sup>VIVES ANTÓN, “Más allá de toda duda razonable”, en *Teoría&Derecho*, 2/2007.

<sup>22</sup>En contra, por considerar que en el proceso penal no se aplica la carga de la prueba, porque el reo no tiene que aportar ninguna prueba y el fiscal no es el abogado de la acusación y por tanto no busca una condena, vid. NIEVA FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *Indret*, 1/2016, pág. 10.

<sup>23</sup>Nótese que se ha pasado del estándar de “mínima actividad probatoria de cargo” a otro bastante más exigente y preciso, como el enunciado de “prueba de cargo suficiente”.

<sup>24</sup>Para el análisis de las exigencias de la prueba que destruye la presunción de inocencia, cfr. OVEJERO PUENTE, op. cit., págs. 134 y ss.: debe tratarse de una prueba de cargo y auténtica; una actividad probatoria considerada globalmente y que alcance todos los elementos del tipo penal, y ha de ser una mínima prueba de cargo. Debe ser

prueba legalmente obtenida y practicada en el juicio oral. Unos años antes había estudiado los requisitos de la prueba VEGAS TORRES, op. cit., págs.. 77 y ss.

<sup>25</sup>STEDH Heaney and McGuinness c. Irlanda nº 34720/97 (21 diciembre de 2000), donde se sostiene que el derecho a no autoinculparse forma parte de la noción de proceso justo.

<sup>26</sup>Demanda nº 18731/91. Este extremo se decidió por 14 votos contra 5.

<sup>27</sup>Así lo entendieron los magistrados del TEDH Pettiti, Valticos, Walsh, Makarczyk y Lohmus, en dos votos particulares, con cita de las sentencias de la Corte Suprema de los EEUU en los casos Griffin v. California (1965, 380 US, p. 609), donde se rechazaba una ley de California que autorizaba a un tribunal a hacer comentarios desfavorables al acusado cuando había elegido no declarar, o en el caso Miranda v. Arizona (1966, p. 436), donde la Corte considera que la Quinta Enmienda garantiza el “derecho de guardar silencio salvo si, en el ejercicio de su libre arbitrio sin traba alguna, el interesado decide declarar”.

<sup>28</sup>En contra e inexplicablemente, en el Libro verde de 1966 se dice (pág. 8 i.f.) que “exigir al acusado que declare no es

incompatible con el CEDH”; aquí se pregunta: si al imputado se le puede exigir que declare (naturalmente, para intentar una manifestación inculpativa), ¿dónde queda el derecho al silencio?

<sup>29</sup>Por eso no se puede compartir la consideración del parágrafo 54 de la STEDH caso Murray c. Reino Unido, tan citada, en donde el Tribunal afirma que, “a la vista del peso de las pruebas de cargo” contra el Sr. Murray, “las conclusiones extraídas de su negativa, tras su arresto, durante el interrogatorio policial y en el proceso, a dar una explicación a su presencia en la casa venían dictadas por el sentido común y no deberían considerarse inicuas ni irrazonables.”