



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Luis Cáceres Ruiz



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 12.FEBRERO 2017

## A VUELTAS CON EL DERECHO A NO DECLARAR

JOSÉ ANTONIO PATROCINIO POLO  
Magistrado  
Presidente de la Audiencia Provincial de  
Badajoz

## EL FRESÓN-BOMBA O LA AMENAZA DE UN DERECHO PENAL EXPANSIVO

STS, Sala Segunda, Sección 1ª, de 18 de  
enero de 2017  
Sentencia: nº 4/2017  
Recurso: 1619/2016

LUIS ENRIQUE GARCÍA DELGADO.  
Magistrado  
Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander

## 1.- A VUELTAS CON EL DERECHO A NO DECLARAR

JOSÉ ANTONIO PATROCINIO POLO

*Magistrado*

**VOCES: Derecho a no declarar. Silencio Carga de la prueba. Presunción de inocencia. Convicción de culpabilidad. Reglas de Murray.**

*El derecho a no declarar del investigado, encausado o procesado es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE. Sin embargo, el silencio, la futilidad o evanescencia de las respuestas que dé a las preguntas que se le formulen puede perjudicarle cuando existan verdaderas pruebas de cargo contra él, sin que esto suponga vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Si bien es cierto que el silencio del acusado no puede ser excusa para dictar contra él, solo por este motivo, una sentencia de condena, el silencio o la explicación inverosímil pueda ser tomada en cuenta por el tribunal a la hora de conformar su convicción (STC, 26/2010, de 27 de abril, o la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996, caso Murray).*

He leído recientemente el interesante artículo doctrinal escrito por D. Vicente Tovar, Magistrado en excedencia y en la actualidad Abogado, que fue publicado en diciembre de 2016 en la revista “Carta Magna<sup>1</sup>” de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria. Con estar de acuerdo con alguna de las consideraciones vertidas en el mismo, discrepo respecto de otras<sup>2</sup>. En apoyo de las tesis que sostengo

---

1 TOVAR, V., “El derecho a no declarar. ¿Un derecho mal visto?”, *Revista Carta Magna AJFV*, número 1, diciembre 2016.

<http://www.ajfv.es/uploads/documentos/comunicados/BOLETIN/diciembre%202016/cartamagnadic.pdf>

2En el artículo citado VICENTE TOVAR critica que el derecho a no declarar pueda ser contemplado como una presunción de culpabilidad, una especie de “quien calla otorga”, aplicando un mecanismo similar a la declaración de confeso que prevé la Ley

citaré y analizaré muy brevemente alguna jurisprudencia del TC y del TEDH.

Efectivamente, el derecho a no declarar del investigado, encausado o procesado es un derecho fundamental (no es un derecho “fundamentalísimo”) reconocido en el artículo 24 CE. Estoy de acuerdo también en que constituye una obsolescencia (y una inutilidad) consignar en acta las preguntas, una a una, que las acusaciones le hubieran hecho al procesado o investigado que se niegue a declarar. Me parece que esto no tiene ninguna consecuencia procesal de ninguna índole y que, además, hace eternas (innecesariamente) las vistas o las declaraciones judiciales. Ahora bien, y en esto discrepo con el excompañero, “el silencio del acusado a veces no le sale gratis” o, dicho de otra manera, puede perjudicarle en determinados supuestos, sin que esto suponga vulneración del derecho a la presunción de inocencia según ahora intentaré explicar. Como asimismo también pueden perjudicarle la futilidad o evanescencia de las respuestas que dé a las preguntas que se le formulen cuando existen verdaderas pruebas de cargo contra él. O si se prefiere: el acusado tiene derecho a no decir verdad, pero en ocasiones la mentira (o la no verdad) puede perjudicarle en términos de completar la convicción del tribunal sobre la culpabilidad del acusado, cuando ésta está ya acreditada por otras pruebas de cargo. Por eso entiendo que ni el silencio ni la mentira del acusado son entera y absolutamente inocuos procesalmente.

---

de Enjuiciamiento Civil. *A nadie puede perjudicarle nunca el ejercicio de un derecho constitucional. La actitud es una actitud legítima del acusado y las acusaciones deberán buscar otros elementos probatorios para conseguir que se destruya la presunción de inocencia. Para dicho autor carece de sentido recoger en acta las preguntas que se niegue a responder el imputado: si el acusado utiliza su derecho a no declarar en la actualidad ello no ha de depararle perjuicio alguno además de que carece de apoyo legal. Carece de sentido pues hacer constar en acta las preguntas si ninguna conclusión se puede extraer de su silencio. Como Letrado sostiene que la primera recomendación que debe hacerse a un investigado es que ejerza su derecho constitucional, que para eso lo tiene, y no contestar a las preguntas de las acusaciones, y así habrá evitado el riesgo de estos interrogatorios tendentes a destruir su verosimilitud y su credibilidad (...) El imputado no tiene porqué perseguir la obtención de la verdad en un proceso penal, ha de buscar una sentencia absolutoria y si para eso le ayuda no declarar, hará bien en no hacerlo y nadie debería criminalizarlo por ello.*

## LAS REGLAS MURRAY

Es cierto que el silencio del acusado no puede ser excusa para dictar contra él, solo por este motivo, una sentencia de condena. Pero si existen pruebas en su contra, la ausencia de una explicación por parte de aquél puede perjudicarlo. Véase en este sentido la STC, 26/2010, de 27 de abril,<sup>3</sup> o la STEDH de 8 de febrero de 1996<sup>4</sup>, caso Murray.

Según el Tribunal Constitucional, una vez que concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse en su contra como “argumento a mayores” la falta de explicaciones por parte del acusado. Y esto no supone vulnerar o prostituir el derecho a guardar silencio del acusado.

El TEDH en el citado caso Murray c/ Reino Unido, ha establecido una serie de requisitos para que el silencio o la explicación inverosímil pueda ser tenida en cuenta por el tribunal a la hora de conformar su convicción: en primer lugar la previa advertencia al acusado de las consecuencias eventuales de su silencio o de su coartada absurda o inverosímil. Y esto, que no suele realizarse en la práctica por nuestros tribunales, debería hacerse en garantía del derecho del propio investigado o acusado, sin que por ello el Juez o Tribunal tome partido por ninguna de las partes o pierda su imparcialidad objetiva. Antes al contrario.

Las reglas Murray han tenido, como se ha dicho, un evidente reflejo en nuestra jurisprudencia constitucional. En esta línea, la STC 300/2005 que apuesta por otorgar valor probatorio residual al silencio del acusado. Veamos algún párrafo paradigmático en el fundamento

---

3STC 26/2010, de 27 de abril, Recurso 380/2007, ponente EUGENI GAY MONTALVO. ROJ: STC 26/2010 – ECLI:ES:TC:2010:26.

4STEDH 1 febrero 1996. ROJ: STEDH 1/1996 – ECLI:ES:TEDH:1996:1.

jurídico quinto: “...la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez por parte del recurrente en amparo que justifique la adquisición del vehículo. A la inexistencia de dicha explicación se refiere el órgano judicial como dato corroborador de la conclusión condenatoria alcanzada, debiendo recordarse al respecto que, de acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal, la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere su culpabilidad (SSTC 155/2002, de 22 de julio y 135/2003, de 30 de junio)”.

Respecto de esta última cuestión, los contraindicios o explicaciones poco convincentes no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1988 y 24/1997), aunque sí pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada por otras pruebas directas o incluso circunstanciales. En este sentido la coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene por qué ser forzosamente desvirtuada por la acusación, SSTC 197/1995, 36/1996 y 49/1998. En otras palabras, la carga de la prueba de los hechos exculpatórios recae sobre la defensa del acusado. En definitiva, la coartada inverosímil o poco creíble, o poco convincente sirve para “reforzar” la convicción del tribunal, ya racionalmente deducida de la prueba practicada, STS de 29 de octubre de 2001.

Ahora bien, no faltan autores que critican los riesgos de esta jurisprudencia europea y constitucional pues podría suponer, a su juicio, una desnaturalización o vulneración en último lugar del derecho a la no autoincriminación del acusado. En este sentido no pocos códigos procesales penales más recientes y modernos, en particular los iberoamericanos, establecen exigentes reglas de prohibición de toda valoración directa o indirecta del silencio del acusado. Veremos cómo

regula esta cuestión, si es que lo hace, el tan anunciado (y nunca alumbrado) futuro código procesal penal patrio.

## **2.- “EL FRESÓN-BOMBA” O LA AMENAZA DE UN DERECHO PENAL EXPANSIVO**

**STS, Sala Segunda, Secc. 1ª, de 18 de enero de 2017**

**Sentencia nº: 4/2017**

**Recurso nº: 1619/2016**

**LUIS ENRIQUE GARCÍA DELGADO**

*Magistrado*

**VOCES: Libertad de expresión. Enaltecimiento del terrorismo. Menoscabo y humillación a las víctimas. Dolo e intención. Artículo 578 del Código penal. Derecho penal expansivo.**

*El autor analiza la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 4/2017, de 18 de enero, que condena a un conocido cantante de rap por enaltecimiento del terrorismo, cuestionándose, en línea con el voto particular formulado por el Excmo. Señor don Perfecto Andrés Ibáñez, si con su dictado se establecen restricciones injustificadas al ejercicio de la libre expresión, que hacen además depender la condena en última instancia de la sola voluntad del Juez (un derecho penal “potestativamente expansivo”).*

## **COMENTARIO**

Mucho se ha hablado de la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 4/2017, de 18 de enero y de los límites de la libertad de expresión en las redes sociales, y singularmente en Twitter, herramienta en la que, a la limitación de espacio (los consabidos 140 caracteres), le sigue una eventual posibilidad de propagación indefinida del mensaje (lo que la resolución reconoce precisamente para desestimar la

posibilidad de aplicarle el subtipo atenuado del art. 579 bis 4 CP, FJ Único de la nueva Sentencia que casa y anula a la dictada por la Audiencia Nacional).

Cierto es que la Excelentísima Sala parece no conocer excesivamente las utilidades de Twitter cuando dice *“Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal”*. Olvida que el mensaje es susceptible de ser borrado, si así se desea, desapareciendo con ello de la red de intercomunicadores, excepción hecha de que alguien haya querido realizar una “captura” del mencionado mensaje mientras este aun no lo ha sido y luego desee compartirla (algo que no está en el dominio del hecho del autor, como no lo está las veces que se retuitee un tuit). Igualmente, la aplicación ofrece la posibilidad de “reportar” al administrador y que este acuerde la cancelación de la cuenta o su suspensión por un tiempo determinado.

Pero no es del desconocimiento que de las redes sociales y de las nuevas tecnologías tienen los altos magistrados de lo que hoy voy a tratar aquí y ni tan siquiera de que desestimen la posibilidad de atenuar la pena por algo cuando menos inexacto, sino de un problema mucho más grave y que se relaciona no ya solo con la necesaria protección que la libre expresión tiene que tener en una sociedad democrática, sino también con el peligro que dimana de que el ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado acabe residiendo en la pura y última voluntad de su aplicador, singularmente el Juez.

Recordemos los hechos del caso: Cesar Montaña Lehman, más conocido como Cesar Strawberry, cantante y letrista del grupo de rap “Def Con Dos” publica, entre finales del año 2013 y principios del año 2014, una serie de tuits en donde, entre otras “lindezas”, decía: *“el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO”*, *“a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”* o *“Street Fighter, edición post ETA:*



*Ortega Lara versus Eduardo Madina*"; “*Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco*” o “*que le iba regalar al Rey un “roscón-bomba” para su cumpleaños*”. La Audiencia Nacional le absuelve en fecha 18 de julio de 2016 pues concluye que, con tales mensajes, el acusado no pretende “*defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas*” y que “*las letras del cantante en cuestión tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo*”, que en el caso de los tuits era criticar el discurso político de las personas aludidas, alguna de las cuales (en el caso de Eduardo Madina, Carrero Blanco u Ortega Lara ) fueron víctimas del terrorismo.

Como el TS sabe perfectamente de la prohibición, impuesta a raíz de diversas Sentencias del TEDH contra España (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España), que existe de condenar a acusados previamente absueltos revisando la concurrencia del elemento subjetivo del injusto cuando este solo puede ser extraído de datos fácticos, lo que exigiría una nueva vista y una audiencia del propio acusado, que no está prevista en la configuración legal del recurso de casación – lo sabe, aunque a veces se le olvide, como al condenar a algún Magistrado por prevaricación dolosa cuando no puede hacerlo, cfr. STC 172/2016, de 17 de octubre, que ampara a nuestro compañero Francisco de Asís Serrano- da un salto mortal y dice que la intención de Strawberry no se identifica con el elemento subjetivo del injusto, al que no “enriquece” (sic), sino con el “móvil” , que no coincide con el dolo (F D 3º, cuarto párrafo). Es decir, que basta tener plena conciencia de que, con la remisión del mensaje “*se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia*” (FD 3º, quinto párrafo).

Pero entonces, si el dolo consiste en querer escribir un mensaje que semánticamente contenga una justificación del terrorismo o una humillación o descrédito de una víctima del mismo, con independencia de la finalidad que inspira al autor (es decir, de lo que



realmente quiere decir), quedarían automáticamente integrados en el tipo penal cualquier burla, hipérbole, chiste o broma que cualquiera de nosotros hiciéramos sobre cualquier víctima del terrorismo, Irene Villa incluida (cito a esta extraordinaria persona porque absolutamente todos hemos escuchado y hasta contado en alguna ocasión un chiste referido a su persona y a su terrible desgracia). Como todos sabemos que esto es un disparate, y como sabemos también que no es la primera vez que el mismo Tribunal Supremo absuelve a otras personas, estas sí, próximas a grupos y organizaciones terroristas, cuyos mensajes aparentemente están mucho más dirigidos a justificar y legitimar la mal llamada “*lucha armada*” (cfr. STS 121/2015 de fecha 5 de marzo, RJ 2015/715), entendiendo tales conductas cubiertas no obstante por el derecho a la libre expresión y reservando la aplicación del tipo penal para aquellas otras expresiones y conductas integradas en el llamado “discurso del odio”, término que ahora a la mayoría le parece “equivoco” (FD 2º), nos surge la duda a todos, los que son amigos y simpatizantes del señor Strawberry y los que no lo somos tanto, de qué dependerá en el futuro el ser condenado por emitir una opinión más o menos imprudente, desacertada o hasta intolerable si con ello el Juez entiende que la misma gramaticalmente justifica objetivamente una “forma violenta de resolver las disputas políticas” (FD Tercero, penúltimo párrafo).

Esto lo advierte perfectamente el Magistrado don Perfecto Andrés Ibáñez cuando, al formular su voto particular disidente en el que se inclinaba por confirmar la absolución dictada por la Audiencia Nacional, dice con absoluta lucidez: *“Lo que mueve este voto particular es, sencillamente, la convicción de que ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo. Y que cuando ya las propias disposiciones legales acusan este grave defecto —presente de forma paradigmática en legislaciones como la antiterrorista, denunciada, no sin fundamento, como una suerte de derecho penal de excepción— es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio”*.

Aquí la mayoría, desde luego, contiene poco el tipo y se contiene poco a sí misma. Solo así puede entenderse que comience por sostener que no todos los excesos verbales ni todos los mensajes que desborden la protección constitucional pueden entenderse “incluidas en la porción de injusto abarcada por el art. 578 CP” (FD 2, segundo párrafo)

para a continuación llegar a una solución tan aparentemente opuesta a lo que preconizaba en un principio, echando no obstante flores entre medias tanto a la defensa de Strawberry (la “brillante defensa”, FD 3, tercer párrafo) como a la propia Sentencia que casa y anula (“elocuente lucidez” FD 6, segundo párrafo). El problema es que la solución a la que llega es, de todas, la peor posible y la más contraria al ejercicio de la libertad de expresión. ¿Alguien piensa en serio que Strawberry estaba preconizando secuestrar a Ortega Lara? ¿O tal vez estaba deseando la vuelta del GRAPO? Twitter efectivamente permite matizar poco o nada, y es cierto que el mensaje llega a sus destinatarios desprovistos de esos matices (“complementos explicativos”, en el lenguaje usado por la mayoría), lo que no quiere decir que el Juez que finalmente decide si se penaliza o no la conducta no los tenga que tener en cuenta. Olvida además que los destinatarios del mensaje –los “followers” de Strawberry- sí que están familiarizados con sus referentes y con su modo de expresarse, siendo obvio que ninguno de ellos (y casi con completa seguridad, nadie al que llegue el mensaje, a poco que tengan voluntad de informarse acerca de quién es su emisor) va a pensar que el señor Montaña está legitimando el discurso terrorista o pretendiendo denigrar o humillar a una víctima por el hecho de serlo (como manifiestamente sí hacen los autores de los hechos que se pretenden usar como término de comparación, como el sujeto que accede a la página web de doña Soledad Jiménez Becerril y la dice “*a ver si te pegan un tiro antes de la tregua y así te reúnes con los tuyos, so zorra*”. FD 7, séptimo párrafo).

Por lo anterior, me adscribo a las palabras de Perfecto Andrés Ibáñez y me declaro más que intranquilo, no solo por la sentencia en sí, sino por lo que deriva de la misma, de establecerse su doctrina como canon hermenéutico en el futuro. Podemos decir, haciendo una broma (una broma, señores del Supremo), que la sentencia es un fresón-bomba por lo potencialmente expansiva (y dañina) que resulta la doctrina sentada en la misma.

**[Referencia CENDOJ: Roj: STS 31/2017 - ECLI: ES:TS:2017:31](#)**