

AJFV

REVISTA CARTA MAGNA

Nº 1 Diciembre de 2016

DIRECCIÓN. COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN: NATALIA VELLILA ANTOLÍN

MAQUETACIÓN: SECRETARÍA AJFV

EL DERECHO A NO DECLARAR. ¿UN DERECHO MAL VISTO?

VICENTE TOVAR

Magistrado en Excedencia. Abogado

AJFV

**A S O C I A C I O N
DE JUECES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA**

EL DERECHO A NO DECLARAR ¿UN DERECHO MAL VISTO?

Como es sabido, el art. 24 de la Constitución, reconoce como Derecho Fundamentalísimo, dotado de la máxima protección que ella misma contempla, el Derecho a la Tutela Judicial efectiva, dentro del cual, se incluye el derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y no hacer declaraciones que le puedan perjudicar. El mismo precepto reconoce, como integrante de tal derecho, la presunción de inocencia, de tal manera que en nuestro sistema, nadie puede ser condenado sin que se haya practicado en el juicio oral una prueba en su contra, contundente, clara e indubitada.

Hasta aquí, poco o nada les he descubierto. Aprobé las oposiciones a judicatura en el año 1993 y siempre he pensado que esto era un pilar esencial del sistema y siempre me ha parecido que cuando un, entonces imputado, se negaba a declarar, no hacía más que ejercer este derecho fundamental y además, me parecía que hacía bien, que si yo fuera imputado también me negaría a declarar. Desde hace ya casi seis años, estoy en situación de excedencia y ejerzo la abogacía, “desde el lado oscuro” y me he encontrado con una desagradable sorpresa al descubrir que el derecho a no declarar es contemplado por algunos letrados, fiscales e incluso jueces, como una presunción de culpabilidad y se pretende sea considerado como una especie de “quien calla otorga” aplicando un mecanismo similar a la declaración de confeso que prevé la ley de enjuiciamiento civil, ignorando además de donde se sacan la relación de una cosa tan diferente con otra.

No hemos de perder de vista que el derecho de defensa es un derecho sagrado en nuestro sistema y que por tanto, todo imputado

tiene derecho a defenderse hasta el último minuto y de todas las maneras posibles, siempre que sean lícitas, naturalmente. Nada más lícito que yo sepa que ejercer un derecho constitucional de los recogidos en el capítulo y sección más protegida de todo nuestro Ordenamiento Jurídico.

Para garantizar este derecho, una de las actitudes esenciales que debe realizar es la de no contestar a las preguntas que le formulen las acusaciones. Solo debe contestar a las preguntas que le realice su propio letrado. Esto que es de sentido común no todo el mundo lo entiende.

Esto es así porque cuando un letrado dirige un interrogatorio contra la parte contraria, tiene un objetivo, no nos engañemos: intentar conseguir un tropiezo en el declarante, confundirlo, buscar que se contradiga, en definitiva, perseguir el error, para que de la respuesta “equivocada”. De esa manera habrá conseguido un testimonio no veraz y con escasa credibilidad que permitirá al Tribunal concluir que su presunción de inocencia ha sido desvirtuada.

Eso es también de sentido común pues lo que pretende una acusación, por definición, es obtener una sentencia condenatoria del investigado o acusado.

Para evitar eso, y defenderse bien, 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.

La primera estrategia de una buena defensa, por tanto, debe ser la negativa a declarar a las preguntas que le formulen las acusaciones e incluso al juez, si es un juez inquisitivo en el interrogatorio.

A nadie se le escapa que hay jueces que no actúan como garantes de la instrucción sino como si ellos fueran los acusadores. Cuando he tenido que asistir a un investigado así lo he aconsejado pues me han contratado para defenderlo y entiendo que una buena defensa empieza por ahí. Pero a la vez he observado con sorpresa como el simple ejercicio de este derecho, despierta celos en los letrados de las acusaciones, por supuesto, en Fiscales, pero incluso en algunos Jueces (y eso lo entiendo menos), que pretenden obtener de esta conducta una especie de “ficta confesio” según he comentado antes.

He observado como es frecuente que los letrados o el Fiscal pidan al Juez que si se niega a declarar el investigado o el acusado, se hagan constar en acta las preguntas que se le iban a formular, e incluso los jueces acceden a esta extraña petición y perdemos la mañana en el Juzgado redactando los enunciados de esas preguntas. ¿Qué finalidad tiene recoger las preguntas? Si se ha negado a declarar a TODO. No es que a unas preguntas sí conteste y a otras no, que si podría ser valorado por el juez negativamente al amparo del art. 741 LECrim. Sino que antes de conocer cuáles sean las preguntas ha manifestado que se acoge a su derecho, y no va a declarar a ninguna de las que se le formulen, con lo cual ningún sentido tiene que se recojan en el acta una serie interminable de preguntas, pues no se iban a contestar ni a esas ni a ninguna otra y por tanto ni un solo efecto puede producir que se deje constancia en Acta de tan interminable perorata de preguntas, ni bueno ni malo.

Esto que a mí al menos me parece también muy evidente tampoco ocurre en la práctica forense. Salvo en un Juzgado de Instrucción de Madrid, cada vez que mi cliente se ha negado a declarar y el contrario ha pedido que consten las preguntas hemos perdido un valioso tiempo en transcribir las susodichas preguntas y nunca he entendido para qué.

Voy a citar alguna sentencia que expresamente reconoce esta inutilidad y por tanto impertinencia de la documentación de las preguntas.

Dice la de 24 de Abril de 2008: *"En el acta del juicio consta que los acusados se negaron en ejercicio de su derecho a no declarar, a contestar a las preguntas formuladas por la acusación y el ejercicio de ese derecho constitucional no puede ser violentado por la acusación insistiendo en sus preguntas y **no es precisa la documentación de las preguntas que realiza, sino la expresión del ejercicio del derecho por parte del acusado**"*

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de Diciembre de 2014 se plantea también como motivo de nulidad del juicio (nada menos) y de la sentencia la negativa del juez a quo a que constasen en acta las preguntas a formular por los acusados. Resuelve el Tribunal diciendo el hecho de que en alguna ocasión se admita la incorporación al acta de las preguntas a formular **no indica que en el caso contrario dicha omisión sea causa de nulidad** pues se trata de una mera posibilidad procesal que no supone quebrantamiento de ninguna garantía procesal.

Quizás la más esclarecedora es la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 28 de septiembre de 2001, la cual en lo que aquí interesa dice:

*“En cuanto a las preguntas previamente redactadas es de advertir que se trata **de un uso a extinguir** ya que 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”*

A pesar de la claridad de esta jurisprudencia lo que se pretende por las acusaciones es evidente: que la negativa a declarar le perjudique al investigado, lo que a mi juicio vulnera el derecho a la presunción de inocencia. 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, pero no se podrá dudar de aquel que ejerciendo este derecho solo haya contestado a las preguntas de su abogado. 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 pues para eso existe afortunadamente el derecho de defensa.

Cuando se tratan estos temas de garantías esenciales siempre recuerdo las palabras de una profesora de Derecho Penal en la Facultad cuando decía que el mundo no se divide en delincuentes y no delincuentes sino que todos somos candidatos a ser delincuentes alguna vez.

VICENTE TOVAR

Magistrado en Excedencia. Abogado