

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 927/2006

RECURSO CASACION (P) N°: 10102/2006 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA PENAL SECCION 1

Fecha Sentencia: 04/10/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín en sustitución del Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: JPH

Asesinato terrorista. Robo con intimidación. Voto particular.

VALOR PROBATORIO DEL SILENCIO DEL ACUSADO, EN SEDE JUDICIAL

Se confirma la condena del acusado, que tras autoinculparse en la Policía no declaró ni en el Juzgado ni el juicio. Existe voto particular discrepante, sobre la valoración que merece el silencio del acusado.

DOCTRINA:

El silencio o las manifestaciones meramente evasivas del acusado que se hubiere autoinculcado en declaraciones anteriores, son datos a los que cabe legítimamente atribuir valor probatorio de cargo en el contexto de los restantes elementos de prueba pues del silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas, si éstas existieran.

Nº: 10102/2006P

***Ponente Excmo. Sr. D.:* José Manuel Maza Martín en sustitución del Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

***Vista:* 27/09/2006**

***Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 927/2006

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Carlos Granados Pérez
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. José Manuel Maza Martín
D. Luis-Román Puerta Luis

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Octubre de dos mil seis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por infracción de Ley y vulneración de derechos fundamentales contra

la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera, de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes J. A. B. G. y E. L. V., ambos representados por el Procurador Sr. Cuevas Rivas y S. E. A., representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Como recurridos la Asociación Víctimas del terrorismo y María R. C. M., representados por el Procurador Sr. Vila Rodríguez. Ha sido ponente el magistrado José Manuel Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 1 incoó sumario con el número 181/81, por delito de asesinato terrorista y robo con intimidación contra J. A. B. G., E. L. V. y S. E. A. y concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sección Primera Penal dictó sentencia en fecha treinta de noviembre de dos mil cinco con los siguientes hechos probados:

"I. Los procesados S. E. A., alias "Sebas", J. A. B. G., alias "Borde y Pepe", y E. L. V., alias "Masillas", eran mayores de edad en la fecha de los hechos que se relatarán y no tienen antecedentes penales computables en esta causa.

Los tres reseñados, en unión de un cuarto ya fallecido a quien a efectos narrativos llamaremos Juan María, formaban una cuadrilla o grupo dentro del denominado "Vizcaya" de la banda terrorista E.T.A., banda organizada que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquéllos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de "Euskal Herria".

II. El día 14 de abril de 1981, tras haber decidido los procesos y el otro no juzgado matar a Don L. C. S. J., Teniente Coronel jubilado de la Guardia Civil, se trasladaron en transporte público a la localidad de Basauri (Vizcaya) lugar de residencia de la víctima, esperando en las proximidades de su domicilio, sito en la Plaza de España núm. x, xº izquierda.

Cuando el Sr. C. sale para comprar el periódico en un kiosco situado a unos 50 metros de su domicilio, L. V. y E. A. se acercan a él, disparándole E. A. en cinco ocasiones causándole la muerte en el acto.

Mientras E. mata al Sr. C., L. V. le da seguridad a pocos metros de distancia.

Al tiempo, B. G.i, en compañía del cuarto individuo ya fallecido, siguiendo el plan acordado, intentan apoderarse del vehículo marca Mercedes, matrícula M-556122 conducido por don I. V. G., para lo cual exhiben una pistola con la que incluso disparan al suelo con el fin de intimidarle. Pero, al no conseguir poner en marcha el vehículo se dirigen a otro, marca Renault, modelo 6, matrícula BI-5691-G, y exhibiendo siempre el arma, intentan que su conductor, don B. F.L. se lo entregue.

Al no conseguir tampoco su propósito en esta segunda ocasión B. G. emprende la huida a pie, en tanto que el cuarto miembro del grupo -al que llamamos Juan María- consigue finalmente hacerse, también amedrentando al conductor don J. P. L. a punta de pistola, con un vehículo marca Seat, modelo 131, matrícula BI-9310-V, en el que huye junto con L. V. y E. A.."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"(1) Debemos condenar y condenamos a S. E. A., E. L. V. Y J. A. B. G., como autores de un delito, ya definido, de atentado con resultado de muerte en relación con un delito de asesinato, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de VEINTIOCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR (28 años) con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, así como a que indemnicen a los herederos de don Luis Cadarso San Juan en 500.000 euros.

(2) Debemos condenar y condenamos a S. E. A., E. L. V. Y J. A. B. G., como autores de un delito, ya definido, de robo con intimidación en las personas y uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS, DOS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN MENOR con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

(3) Debemos condenar y condenamos a S. E. A., E. L. V. y J.A. B.G., como autores de dos delitos frustrados de robo con intimidación en las personas y uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS, CUATRO MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN MENOR por cada uno de ellos, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon los correspondientes recursos de casación por los condenados que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación del acusado S. E. A. basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Al amparo de lo establecido en el artículo 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración por inaplicación del artículo 131 del Código Penal, que contempla el instituto de la prescripción. Segundo. Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la libertad del artículo 17, 1 y 2 del texto constitucional en relación con el artículo 55 -2 párrafo último del mismo texto, puestos en relación con los derechos a no declarar contra así mismo, a no confesarse culpable, a un juicio con todas las garantías sin que se produzca indefensión, del artículo 24-2 del mismo texto programático, y a la tutela judicial efectiva del mismo artículo en su apartado primero.

La representación de los acusados J. A. B. G. y E. L. V. basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECRM por aplicación indebida del art. 114.2 CP 1973, actual art. 132.2 del Código Penal. Segundo. Al amparo de lo establecido en el artículo 5, párrafo 4º de la LOPJ, por entender que se ha vulnerado el precepto constitucional establecido en el artículo 24.2 C.E., relativo a la presunción de inocencia.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y parte recurridas del recurso interpuesto; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de celebración de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró vista el día 27 de septiembre de 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de S. E. A.

Primero. Por el cauce del art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado infracción de lo dispuesto en el art. 131 Cpenal, relativo a la prescripción, por entender que tendría que haberse estimado.

El argumento es que los hechos se cometieron el día 14 de abril de 1981 y que iniciado el trámite, se produjo el archivo provisional el 8 de octubre de este mismo año. De este modo, el procedimiento no se habría dirigido contra el que recurre hasta el 18 de junio de 2003, que es cuando se le cita a prestar declaración. En 1993 Echániz fue entregado a las autoridades españolas por las de Nicaragua, e interrogado sobre los hechos de esta causa, pero fueron actuaciones sin trascendencia procesal, que no modificaron la decisión de sobreseimiento provisional de la causa. Y, así las cosas, los momentos a tomar en consideración fueron los indicados en segundo y tercer lugar, con el resultado de que, entre uno y otro, habrían transcurrido más de 20 años, de ahí que la alegación de prescripción hubiera debido estimarse.

Pero tiene razón el Fiscal al poner de manifiesto que el recurrente omite en su análisis un dato fundamental. Es que el 4 de octubre de 1987 la Guardia Civil remitió al Juzgado un atestado en el que se relaciona expresamente a cada uno de los acusados Echániz, Letona y Borde con el acto criminal objeto de estas actuaciones. A esa diligencia policial siguió la reapertura de la causa y la decisión del instructor de practicar determinadas diligencias (aportación de fotografías y reseña de huellas dactilares) en relación con todos los implicados en la misma, incluido el que recurre. Después, el 19 de julio de 1990 se acordaría de nuevo el sobreseimiento provisional.

De este modo el asunto es considerar si esas diligencias de investigación tienen o no aptitud para interrumpir el tiempo de prescripción iniciado a partir del primer sobreseimiento. Esto es, si lo producido fue o no un acto de dirección del procedimiento contra el culpable, o, dicho en la terminología del Tribunal Constitucional (STC 63/2005) la interposición de una actuación judicial.

Pues bien, la respuesta debe ser positiva, en la medida de que las diligencias de investigación solicitadas ponen claramente de relieve que, en virtud de la información policial recibida, el instructor operó reflexivamente con la hipótesis de

que el recurrente y los demás aludidos fueran los reales autores del crimen aquí perseguido. Y en tal sentido, es claro que se dio la exigencia del art. 133,2 Cpenal. Y el motivo no puede acogerse.

Segundo. Invocando el art. 852 Lecrim se ha alegado vulneración del derecho a la libertad, del art. 17,1 y 2 CE en relación con el art. 55,2 CE, en relación a su vez con los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a un juicio con todas las garantías y sin indefensión, del art. 24,2CE y a la tutela judicial efectiva (art. 24,1 CE). El argumento es que la sentencia utiliza como elemento base de la condena la declaración del propio recurrente en la que manifiesta haber sido autor de los hechos; y que esta declaración habría sido obtenida en una segunda detención (en 2002, después de la primera producida en 1993) y dentro de un segundo periodo de incomunicación dispuesto en la persecución de los mismos hechos. Una actuación que sería nula de pleno derecho, pues la única diferencia es que en la primera Echániz negó ser autor, algo que habría reconocido en la segunda ocasión; dándose, por lo demás, la circunstancia de que todos los elementos de convicción disponibles esta vez eran los mismos que en la anterior.

No cabe discutir que una medida como la de la incomunicación de los detenidos, del mismo modo que todas las limitativas o privativas de derechos, no puede ser usada uso arbitrariamente y sólo resultan justificadas si su uso se produce en consonancia con la finalidad legal asociada a las mismas.

Pues bien, también en este caso tiene razón el Fiscal cuando hace ver que la segunda detención se produjo a una distancia de más de nueve años de la primera, por lo que no era descabellado contar con la posible existencia de nuevos datos a considerar; y de ahí la conveniencia procesal de prevenir una eventual actuación del imputado orientada a desvirtuarlos. A esto hay que unir que esta segunda incomunicación se produjo en relación con otro sumario, el 7/1983 del Juzgado Central nº 4, por tanto, además, en función de un hecho diferente al de esta causa.

Así, a las genéricas e imprecisas objeciones del recurrente cabe oponer estas circunstancias, que dotan de plausibilidad legal a la medida cuestionada, de ahí que su empleo no pueda considerarse arbitrario, con lo que no cabe llegar a la conclusión pretendida por el recurrente, y el motivo debe desestimarse.

Recurso de J. A. B. G. y E. .L. V.

Primero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado aplicación indebida del art. 114,2 Cpenal 1973, actual art. 132,3 Cpenal 1995. El argumento es que desde el momento en que se produjo el sobreseimiento provisional de la causa hasta 2003 no se habría realizado ninguna diligencia de investigación relacionada con los recurrentes.

La cuestión suscitada es idéntica a la planteada en el anterior recurso, y por eso debe dársele la misma respuesta, con desestimación del motivo.

Segundo. Por el cauce del art. 5,4 LOPJ se ha acudido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del art. 24,2 CE. El argumento es que la condena tiene como exclusivo fundamento las declaraciones autoinculpatorias de los acusados y la de Echániz ante la Guardia Civil y ante el Juez de Instrucción.

La sala de instancia, relaciona como elementos de prueba de cargo tenidos en cuenta para la condena de los que recurren, los que siguen:

En el caso de Letona, hay constancia de que se autoinculpó al declarar a la Guardia Civil y de que, luego, ante el instructor se acogió a su derecho a guardar silencio, para, en el juicio oral, sostener que esa manifestación había sido realizada bajo el efecto de la tortura. Algo que, en vista de la ausencia de síntomas médicamente constatables y de lo declarado en juicio por el instructor del atestado, que acredita la regularidad del interrogatorio, no es creíble. A esto debe sumarse la inculpación de que le hizo objeto el también acusado Echániz ante el instructor, con la expresiva circunstancia de que ambos pertenecían a la organización terrorista ETA, y, precisamente, al llamado “comando Vizcaya” (STS 830/2006, de 21 de julio), del que igualmente formaban parte el otro condenado.

Pues bien, siendo así, la sala de instancia pudo contar con la autoinculpación aludida, que, por lo expuesto, se produjo de forma voluntaria y no se limitó a una simple afirmación, pues aportó a la Guardia Civil datos muy concretos. Verdad es que no fue mantenida después, pero tampoco desmentida, ya que, como figura en la sentencia impugnada, Letona, en el Juzgado, se limitó a

guardar silencio, y ante el Tribunal, simplemente sugirió torturas, sin el menor fundamento, como se ha visto.

Esta sala ha entendido (SSTS de 14 de noviembre de 2005 y 830/2006, de 21 de julio) que el silencio o las manifestaciones meramente evasivas del acusado que se hubiera autoinculpado en declaraciones producidas en un momento anterior del trámite son datos a los que cabe legítimamente atribuir valor probatorio de cargo en el contexto de los restantes elementos de prueba existentes en la causa. Y que pese al silencio puede deducirse una ratificación del contenido incriminatorio resultante de otras pruebas (SSTS de 29 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2002, en la línea de lo resuelto por el TEDH en el caso Murray –8 de junio de 1996- y caso Condrom –2 de mayo de 2000- y STC 137/1998, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio).

De este modo resulta que a las propias manifestaciones de este inculcado, tratadas por la sala de instancia conforme autoriza el art. 714 Lecrim, se une la atribución de responsabilidad en el hecho enjuiciado, debida al acusado Echániz, y la inserción de ambos en el mismo grupo criminal. Un conjunto de datos avalan la condena impuesta.

Por lo que se refiere a Borde, hay constancia de que ante la Guardia Civil admitió expresamente su intervención en el hecho de esta causa. Luego, en una primera declaración en el Juzgado se acogió a su derecho a guardar silencio. Y en un segundo momento dijo tener constancia de los hechos, si bien explicando que él no participó, limitándose a salir corriendo.

Pues bien, en vista de ello, hay que tener en cuenta que Borde aparece inculcado por Echániz, tanto ante la policía como en el Juzgado y que él mismo reconoce haber estado en el escenario de los hechos. Ciertamente, dice que allí se limitó a salir huyendo, pero también consta, como se lee en la sentencia, que en sus manifestaciones a la policía, ofreció datos hasta entonces desconocidos e informó sobre particularidades del intento de huída que concuerdan con las manifestaciones del testigo propietario del automóvil “Mercedes”, que no llegó a ser sustraído, y con las del empleado del quiosco, que relató la forma en que se produjo la huída de tres participantes en la acción criminal, en el auto Seat 131.

En consecuencia, se impone la conclusión de que la declaración inculpativa de Echániz halla corroboración en la del propio Borde, cuya presencia –por él admitida– en el escenario de los hechos no tiene ninguna otra explicación plausible que no sea, precisamente, la intervención en ellos. Y todos estos elementos de juicio resultan avalados en su significación inculpativa por los precedentes de los dos últimos testigos aludidos.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por las representaciones de S. E. A., J. A. B. G. y E. L. V. contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 30 de noviembre de 2.005 que les condenó como autores de un delito de atentado con resultado de muerte en relación con un delito de asesinato, de un delito de robo con intimidación en las personas y uso de armas y de dos delitos frustrados de robo con intimidación en las personas y uso de armas.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Nacional con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Carlos Granados Pérez

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. José Manuel Maza Martín

D. Luis-Román Puerta Luis

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia n° 927/06, de fecha 4/10/2006, dictada para decidir el recurso n°10102/06-P.

Mi discrepancia tiene sólo que ver con lo resuelto en relación con el acusado Letona, debido a que el núcleo de la información probatoria valorada en la sentencia como de cargo procede exclusivamente: a) de su autoinculpación ante la Guardia Civil; y b) de lo declarado por el también acusado Echaniz.

Por lo que hace a), es de advertir que, tanto en el tratamiento dado a esa declaración por la Audiencia Nacional en la sentencia a examen, como por la mayoría en la de casación, se observa un uso inadecuado del art. 714 de la Lecrim que autoriza –si alguna parte lo solicita- la lectura de la declaración prestada en el sumario, es decir, producida ante el Juez de Instrucción, con objeto de poner de relieve eventuales contradicciones y en demanda de una explicación para las mismas, como medio de evaluar la credibilidad de lo que estuviera siendo manifestado en el juicio.

Pues bien, dado el tenor de la disposición aludida y el valor de mera denuncia que la ley atribuye al atestado, es patente que sólo lo declarado ante el instructor puede ser usado al objeto de contrastar la veracidad de la deposición de un testigo o de un imputado. De este modo, resulta claro que el contenido de las diligencias policiales no puede acceder al juicio por la vía de lectura del citado precepto y tampoco por la del art. 730 Lecrim (STC de 23 de febrero de 1995, entre otras; y STS de 20 de septiembre de 1993).

A propósito de b), hay que decir que los datos tomados en consideración proceden del propio círculo de los coimputados, y, por tanto, carecen de validez a los efectos de corroboración de informaciones de cargo de esa misma procedencia (como las autoinculpatorias de Letona).

Al respecto, es bien conocida la jurisprudencia relativa al valor probatorio de las declaraciones del coimputado y a las cautelas con que deben tomarse los elementos incriminatorios de esa fuente debido a que podrían estar contaminados

por razón de intereses parciales. Y, además, por la circunstancia de que, dado el estatuto procesal del declarante, el principio de contradicción opera de forma muy limitada en tal clase de supuestos (por todas, STC 297/2002, de 11 de noviembre y STS 658/2002, de 12 de abril).

Es a lo que se debe la exigencia de valorar con particular prudencia las aportaciones procedentes del imputado y atípico testigo, cuidando, muy especialmente, de comprobar que las mismas cuenten siempre con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra fuente (por todas, SSTC de 14 de octubre de 2002 y de 13 de mayo de 2003).

En este punto, conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional –entre otras, la sentencia 65/2003, de 7 de abril- es sumamente rigurosa: “las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido”. De esta manera, se niega aptitud constitucional para ser valorada a la declaración del coimputado que no goce de alguna corroboración externa. O lo que es lo mismo, se sitúa en este punto el umbral de un eficaz acceso al cuadro probatorio para los elementos de juicio de tal procedencia que, en principio, pudieran operar como de cargo.

Por otra parte, esa misma instancia ha precisado en diversidad de ocasiones (así, STC 65/2003, de 7 de abril, que hace referencia a otras) “que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancia externos a las mismas, [pues] la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos de la declaración de otro coimputado”.

De las anteriores consideraciones se desprende, en primer término, que la declaración de Letona a la Guardia Civil, por lo dispuesto en el art. 714 Lecrim, carece de aptitud objetiva para ser objeto de corroboración en juicio. Y, en segundo

lugar, que las manifestaciones de Echániz, por su estatuto de coimputado, tampoco gozan de eficacia probatoria.

Siendo así, quedarían en pie, como objeto de posible valoración, la pertenencia de Letona a ETA y al mismo comando que los otros dos implicados. Se ha entendido que esta doble circunstancia aportaría un elemento de convicción relativo a su intervención personal en el atentado. Pero lo que se sigue de tales premisas es sólo una posibilidad al respecto, porque no consta entre los elementos de prueba que el número de componentes de ese grupo fuera tan limitado como para concluir de ello que cualquier acción terrorista de su autoría tendría que haber contado, con el más alto grado de probabilidad, con la intervención de todos sus integrantes.

En este caso, puede darse por acreditado en virtud de sentencia firme, que Letona formaba parte de ETA y del mismo comando que los otros acusados. Ahora bien, esto permitiría aventurar que *pudiera* haber realizado la acción a que se refiere la causa, pero no le sitúa en el escenario de los hechos: ésta es una conclusión que no se sigue con certeza práctica de esos únicos antecedentes. Y lo cierto es que, procesalmente, no se cuenta con más argumentos, por lo ya expuesto sobre la falta de aptitud probatoria —e incluso para la corroboración— de la declaración del atestado y por la falta de eficacia convictiva de la declaración del coimputado Echániz.

En fin, creo que hay también algo que decir acerca del tratamiento del silencio del inculpado que se hace en alguna jurisprudencia a la que alude la mayoría en la sentencia.

Es bien conocido que, por influencia ilustrada, el derecho del imputado al silencio —o sea, a no declarar e incluso a mentir, como relevado del deber de decir verdad— consagrado en la máxima *nemo tenetur se detegere*, es uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática. Y así se encuentra consagrado en el art. 24,2 CE.

En la doctrina se ha señalado que esto obedece a la asunción del “carácter *contra naturam* de toda declaración auto-incriminatoria”. Y —en vista de una elocuente y durísima experiencia en la materia, histórica e incluso actual— responde

asimismo al interés por dejar a los sujetos oficiales -los diversos agentes del *ius puniendi*- que se relacionan con el imputado, a salvo de la tentación de hacerle objeto de cualquier forma de constricción. Incluida la de carácter moral que pudiera representar el propio juramento.

El principio de referencia ha sido tradicional y pacíficamente interpretado en el sentido de que el silencio del imputado *no significa nada a los fines de la decisión* y de que hacerlo pesar sobre él equivaldría a *imponerle la carga de una prueba negativa*. Tal es, en rigor, la única clave de lectura posible de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el asunto, como la n° 202/2000, de 24 de agosto (inspirada en la del TEDH en el *caso Murray*), de la que resulta que sólo “puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”. En realidad, un aserto banal: porque las consecuencias incriminatorias se extraerían, *no del silencio del acusado* en sí mismo considerado, esto es, no de lo que *no dice*, y tampoco del hecho de que *no diga*, que es un dato neutro, sino *de lo que hay en su contra*, a partir de otras fuentes de prueba.

Así, por callar, el imputado no aporta *nada* en favor de su condena. Y sólo ocurre que la conclusión inculpatoria del tribunal, obtenida a través de otros medios de prueba, se verá confortada por la circunstancia de que la hipótesis de la acusación, dotada de sustrato probatorio bastante, no resulta menoscabada en lo más mínimo por la concurrencia de alguna explicación plausible de lo sucedido, favorable a aquél. Caso éste en el que sólo cabría absolver.

Operar de otro modo, o sea, con el argumento de que cuando el imputado calla en presencia de consistentes indicios que le señalan como autor del delito, es que es culpable, equivale a hacer *que el silencio valga como confesión*, por eso de que “el que calla otorga”. Es decir, en virtud de una simple receta del llamado sentido común, que, al fin, prevalecería sobre el derecho procesal de carácter fundamental del imputado a no declarar contra sí mismo; o, dicho de otro modo, a no brindarse como fuente de prueba de la acusación. Y, por tanto, atribuir a esa actitud el carácter de lo que impropriamente se llama un “contraindicio” *-rectius*: un indicio desfavorable-, es, pura y simplemente, valorizar el silencio como declaración de cargo.

Es por lo que tengo que discrepar también de la afirmación de algunas sentencias de esta sala citadas en la de la mayoría, donde se sostiene que el silencio del imputado *corrobor*a, lo que no es cierto.

Según se lee en STS nº 944/2003, de 23 de junio, relativa a hechos de naturaleza similar a los de esta causa, “corroborar es dar fuerza a una imputación con datos de distinta fuente que los que prestaron soporte a la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en su fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar la convicción de que el segundo se habría producido realmente”. Y, en efecto, sólo tiene aptitud para corroborar el dato que -por ser contextual de los que forman la imputación y por apuntar en idéntico sentido- avale la afirmación de que éstos efectivamente tuvieron lugar en la forma que postula la acusación. Se tratará, pues, de una afirmación relativa a lo acontecido en su día en la realidad extraprocesal, que haya ingresado en el cuadro probatorio de un modo regular, por alguno de los medios utilizados en el juicio.

El silencio del imputado, en cambio, no es un dato de esa clase *sino una actitud procesal* en la que se expresa el ejercicio de un derecho fundamental, que, como tal, no puede verse menoscabado. Una actitud que, por imperativo constitucional, *juega* en el ámbito de la presunción de inocencia y no aporta nada que pueda beneficiar a la acusación; que deberá operar, única y exclusivamente, con la información probatoria de cualquier otra procedencia llevada a la causa, que sea legítimamente valorable.

Así, por todo lo expuesto, entiendo que tendría que haberse estimado el segundo motivo del recurso de Letona Viteri fundado en la falta de prueba de cargo, acordándose su absolución.

Firmado: Perfecto Andrés Ibáñez.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Manuel Maza Martín en sustitución del

Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.