

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta. Doctoranda en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~La declaración del encausado en el juicio oral: condiciones en las que ha de practicarse para un mejor descubrimiento de la verdad~

I. INTRODUCCIÓN

Resulta una característica común que puede predicarse de todos los procesos judiciales que la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez entra en contacto con la realidad extraprocesal. Más concretamente y en lo que afecta al proceso penal, la función del mismo es la búsqueda de la verdad material, lo que realmente ha acontecido, para así concretar unos hechos que han de ser probados y posteriormente encajarlos en un tipo penal o por el contrario, afirmar su carácter no delictivo.

El proceso penal español se inspira en una serie de principios como el de presunción de inocencia, igualdad de armas, contradicción, inmediación, oralidad y publicidad y su punto de partida es el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artº 24 de la Constitución, de forma que corresponde al Ministerio Fiscal y a las acusaciones privadas aportar las pruebas suficientes para enervar ese principio de presunción de inocencia. Si las acusaciones no aportan pruebas, el Juez o Tribunal no puede condenar, pues no pueden acodar su práctica de oficio en el plenario. Y ello a diferencia de lo que ocurre durante la fase de instrucción en la que el Juez de instrucción sí puede acordar de oficio la práctica de diligencias de instrucción en su misión de recogida del material indiciario necesario que lleve a determinar la naturaleza delictiva de los hechos.

Por otra parte ha de aludirse a que de entre todas las teorías que inspiran en derecho penal destacaremos la teoría del garantismo penal que modernamente está representado en la doctrina por FERRAJOLI. El garantismo penal se puede definir como un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo. Así, mientras los autores clásicos ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción más compleja que se corresponde con la consolidación del Estado de Derecho y donde no sólo la ley limita al juez, sino que el propio legislador está limitado sustancialmente por el proyecto político plasmado en las Constituciones modernas. En referencia al legislador, llega a afirmar el citado autor que es la verdad y no la autoridad la que hace el juicio (*veritas, non auctoritas*

facit iudicium)¹, por lo que es fundamental para la actividad judicial el contar con una adecuada teoría de la verdad. Este autor ha sido uno de los máximos responsables del uso del concepto de verdad como garantía de libertad y ha sostenido por ello que las garantías procesales se configuran no sólo como garantías de libertad sino también como garantías de verdad².

Todo lo anteriormente expuesto ha de relacionarse con lo dispuesto en la parte final del artº 701 de la LECrim, precepto este en el que bajo la premisa de lograr un mejor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad, se establece la posibilidad de que el Juez o Magistrados que presiden el juicio penal puedan alterar el orden de los testigos propuestos por las partes. Este precepto está encuadrado en la Sección Segunda del Capítulo III, Título III del Libro III de la LECrim, bajo la rúbrica “Del examen de los testigos”, por lo que en principio sólo debería hablarse de la posibilidad de alterar el orden de los testigos propuesto por las partes. Pero este precepto viene a servir de amparo legal desde hace unos años a algunos Juzgados y Tribunales para practicar las pruebas en orden distinto al propuesto por las partes, y más concretamente, para relegar el interrogatorio o declaración del encausado a la última de las pruebas a practicar, invirtiendo así el orden establecido en los escritos de acusación.

Podríamos decir que estamos ante una manifestación de garantismo procesal *ad intra*, es decir, que no tiene su origen ni en el legislador ni en la Constitución, sino que se manifiesta en aras al mejor descubrimiento de la verdad y es administrado por quien tiene la función de juzgar de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Pero esta tendencia es minoritaria y a la misma se llega a través de una interpretación forzada del texto legal, ya que el mismo sólo se refiere a alterar el orden de la declaración de los testigos propuestos, si bien ha de entenderse permitida la aplicación analógica por hacerse en beneficio del reo. Encuentra su inspiración en el derecho anglosajón, si bien, y como analizaremos, existen notables diferencias entre aquel y nuestro proceso en lo que se refiere a las condiciones en las que ha de prestarse la declaración del encausado en el plenario, que acaba teniendo un fundamento distinto y una finalidad distinta, hasta el punto de que esa decisión de oficio adoptada por el juez o tribunal también podría contemplarse como una intromisión del Juez o Tribunal en la prueba en sí misma, la cual pertenece a las partes ya que

¹ FERRAJOLI, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 37.

² FERRAJOLI, L., Derecho y razón, 1995, p. 541.

como se ha puesto de manifiesto, si las partes no propusieran prueba, no se practicaría ninguna y no habría juicio, ni tampoco condena.

Así las cosas, a lo largo de las siguientes páginas nos proponemos como objetivo analizar las cuestiones relacionadas con la decisión del Juez o Tribunal de alterar el orden de las pruebas propuesto por las acusaciones, objetivo que iniciaremos en el epígrafe siguiente tratando diferentes cuestiones que rodean la declaración del encausado en el juicio oral, incluida la de relegar el momento de su interrogatorio al momento final del juicio.

II. LA DECLARACIÓN DEL ENCAUSADO EN EL PLENARIO. REGULACIÓN.

La prueba es el epicentro del proceso penal³, de forma que se puede afirmar que si alguien tiene la razón y no la puede probar, es como si no la tuviera, o en palabras de un antiguo adagio jurídico: *“Tanto vale no tener un derecho, como no poder probarlo”*; de ahí la importancia de la prueba en la aplicación del derecho, de donde resulta que es determinante por encima de otros aspectos del proceso penal.

Por otra parte, el juicio oral constituye uno de los momentos menos regulado del proceso, tanto en relación a su contenido, como a la forma en que este debe desarrollarse⁴, lo que implica que en la necesidad de interpretar el derecho probatorio cada intérprete afronte la tarea con imprevisibles consecuencias, lo que reviste especial trascendencia, pues puede ocurrir que procesos similares o cuestiones similares se resuelvan de forma diferente. Y en relación a la materia que nos ocupa, esta parquedad en la regulación se manifiesta en todo su esplendor en relación a la declaración del acusado o encausado, según terminología de la Ley Procesal vigente. En efecto, la L.ECrim no regula la declaración del encausado, a pesar de que sí se contiene una regulación minuciosa de la declaración del imputado como diligencia de investigación, es decir, durante la instrucción sumarial (arts 385 ss. LECrim), y de que en el juicio oral se contempla la intervención del acusado para prestar la conformidad o “confesarse reo del delito” (art. 689 LECrim) y para ejercer el derecho a la última palabra (art. 739 LECrim), pero en momento alguno se regula sobre la forma y momento de practicar la declaración del acusado en acto del juicio oral. Es una de las lagunas más sensibles y curiosas de nuestro ordenamiento procesal vigente⁵, que se achaca al “olvido” del legislador

³ MAGRO SERVET, V., La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria, La Ley Penal, núm. 54, Noviembre, 2.008, p. 2.

⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., El juicio oral. La prueba, Hacia un nuevo proceso penal. (Director CARMONA RUANO, M), Manuales de Formación Continuada, nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.006, p. 354.

⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., Derecho procesal penal, Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Octava edición, Madrid, 1975, p. 249.

decimonónico. Un olvido, en cualquier caso, coherente con la omisión de cualquier referencia al acusado en el trámite de confrontación de declaraciones contradictorias previsto en el art. 714 LECrim, precepto que sólo prevé la lectura de las declaraciones sumariales de los testigos, para el caso de que durante el juicio se produzca la retractación, aunque la jurisprudencia ha extendido la aplicación del contenido del precepto a los acusados permitiendo la confrontación de las declaraciones realizadas en el plenario con las declaraciones sumariales en el caso de que entre ambas existan contradicciones e incluso en el caso de que el encausado se acoja a su derecho a guardar silencio en el plenario, habiendo declarado en la instrucción sumarial ante el Juez, pues el derecho a no declarar no se extiende a la facultad de “borrar” o “aniquilar” las declaraciones que se hubieran podido realizar con anterioridad si se hicieron con todas las garantías⁶.

Dice la doctrina que existen buenas razones para sostener que fue deliberado el olvido del legislador de no regular expresamente la declaración del acusado⁷. En realidad, una opción plenamente consciente y consecuente con la implantación del principio acusatorio en el juicio oral, inspirado en la práctica procesal inglesa que, al tiempo de la promulgación de la centenaria L.E.Crim, negaba toda posibilidad de obtener la declaración del acusado. Hay que remontarse hasta el año 1641 para encontrar en el Derecho común inglés el precedente más próximo del privilegio frente a la autoincriminación (caso John Liburn). Desde entonces, los tribunales comunes comenzaron a limitar la práctica del interrogatorio inquisitivo, pero la mantuvieron en el interrogatorio previo al juicio hasta el año 1848. Desde entonces, se entendió que el acusado estaba inhabilitado para ser testigo y, por tanto, para declarar en su propio juicio. Sólo a partir de 1898, con la promulgación por el Parlamento inglés de la “Criminal Evidence Act”, se reconoció al imputado la posibilidad de prestar declaración, admitiéndola a instancia de su propio abogado defensor y tras prestar el correspondiente juramento. En nuestro país, y de forma coetánea, la Fiscalía General del Estado se pronunció sobre el parecer de algunas Audiencias de que no podría articularse en el juicio el examen del procesal, dado que la Ley no lo preveía, manifestando la opinión contraria de forma enérgica y decidida, instando a los miembros del Ministerio Fiscal a que en ningún caso dejaran de articular como prueba en sus escritos de acusación la declaración del procesado. Poco más

⁶ STS de 15 de julio de 2016, (Rec. 448/2016), Ponente: Pablo Llarena Conde. Añade esta sentencia a lo dicho que el acusado, en cada declaración a la que sea llamado, tiene el derecho de no contestar todas o cualquiera de las preguntas que se le formulen, pero en modo alguno su derecho alcanza a seleccionar a cuál de las distintas declaraciones que haya podido ofrecer en el devenir del proceso, deben estar las partes, ni sobre cuál de esas versiones ha de resolver el tribunal de enjuiciamiento.

⁷ LÓPEZ ORTEGA, J.J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 35.

adelante, el Tribunal Supremo se pronunció sobre este particular en varios recursos de casación por quebrantamiento de forma fundados en este motivo, estableciendo que la confesión del procesado no puede por menos que reputarse como uno de los medios de prueba que además debía figurar entre los más importantes y trascendentes.

De esta forma, se estableció como *usus fori* totalmente consolidado que la declaración del encausado se realice al inicio del juicio oral. Y ello, con el fin de precisar la versión de los acusados, delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas, pues si el acusado aceptara alguna de las cuestiones fácticas que se someten al plenario, éstas ya no deberían ser objeto de prueba. Esta forma de proceder se ampara en lo dispuesto en el artº 701 comentado que en su párrafo cuarto establece en cuanto a la práctica de las diligencias de prueba que se empezara con las que haya ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores y por último, con la de los procesados. Continúa el precepto diciendo que las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente, indicando que los testigos se examinarán por el orden propuesto en las listas y a continuación, en el último párrafo del precepto se establece la posibilidad de alteración del orden de las listas de testigos.

No obstante lo anterior, no puede negarse que en los últimos tiempos se viene debatiendo por los operadores jurídicos cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral. Sobre este aspecto volveremos más adelante, analizando las distintas posturas discutidas. Ya hemos puesto de manifiesto cómo la actual regulación no lo especifica, si bien, este aspecto sí que llega a regularse tanto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.011 como en el Código Procesal Penal de 2013, aunque actualmente es incierto el futuro que aguarda tanto a los contenidos del uno como del otro.

Así, en el artº 567 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.011 se establecía el orden de práctica de los medios de prueba, concretándose que la declaración del acusado nunca sería la primera de las pruebas a practicar y que éste sólo prestaría declaración si esa era su voluntad y a instancias de su representación y en el momento que ésta considerara oportuno. Se añadía que podría ser propuesta en cualquier momento del juicio durante la fase probatoria y que el tribunal no podría rechazarla⁸.

⁸ **Artículo 567.** Orden de práctica de los medios de prueba 1. La práctica de los medios de prueba se sujetará al siguiente orden, comenzando por los propuestos por la acusación, y siguiendo por los propuestos por las defensas: 1º La declaración de los testigos. 2º El examen de los informes periciales. 3º La lectura y discusión

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2013, dedicaba el artº 448 a la declaración del encausado, determinando que sólo se realizaría ésta a instancias de su letrado, pudiendo ser propuesta en cualquier momento del juicio e igualmente sin posibilidad de ser rechazada por el tribunal⁹; en definitiva, de forma casi coincidente con el Anteproyecto de 2011.

La redacción vigente del último párrafo del artº 701 data de la redacción original establecida por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue publicado en la *Gazeta de Madrid* el 17 de septiembre de 1882. Pero en tanto no se modifique o se publique una nueva Ley o la jurisprudencia no establezca una doctrina consolidada, será el que resultará de aplicación. No puede negarse la existencia de defensores de considerar que el momento apto para la declaración del encausado es el posterior a la práctica de las restantes pruebas. Podría parecer *ab initio* que este es el orden lógico. Así se establecía anteriormente para el juicio de faltas y ahora para el juicio por delitos leves, pero también dicha posibilidad es negada por la doctrina del Tribunal Supremo. Por ello, trataremos a continuación de los argumentos mantenidos por los que defienden cada una de las posibilidades.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALTERAR DE OFICIO EL ORDEN DE LAS PRUEBAS PROPUESTO POR LAS ACUSACIONES.

Como anticipábamos, es criterio jurisprudencial minoritario el que defiende que la declaración del encausado ha de practicarse al final de la vista oral, una vez practicadas las

de los documentos. 4º El examen de las piezas de convicción. 2. Los testigos y peritos de cada una de las partes serán examinados por el orden consignado en los escritos de calificación, salvo lo dispuesto para los peritos en el artículo 586.4 de esta ley. 3. El orden de práctica de los medios de prueba podrá alterarse por acuerdo de las partes o por decisión debidamente fundada del Tribunal. 4. Nunca podrá comenzar la práctica de la prueba con la declaración del acusado, debiendo oírse previamente, en todo caso, a los testigos de la acusación. 5. El acusado sólo prestará declaración si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que ésta considere oportuno. La declaración del acusado podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El tribunal en ningún caso podrá rechazarla.

⁹ **Artículo 448.-** *Declaración del encausado 1.- El encausado prestará declaración única y exclusivamente a instancia de su Letrado. La declaración del encausado podrá ser propuesta por su Letrado en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla. 2.- La declaración del encausado se llevará a cabo en el turno de prueba de la defensa y cuando haya finalizado la práctica de todos los medios de prueba restantes. 3.- Ni el Ministerio Fiscal ni el resto de las partes podrán solicitar en momento alguno del juicio oral la declaración del encausado como medio de prueba. Si se solicitare, el Tribunal rechazará de plano la petición. 4.- El Tribunal, antes de iniciarse el interrogatorio, informará al encausado de los derechos que le asisten, especialmente el de no contestar a cualquiera de las preguntas que se le formulen o a todas ellas. 5.- No se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado, ni a la negativa de éste a contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. 6.- La declaración comenzará con las preguntas que formule el Letrado del, encausado pudiendo interrogarle a continuación el Ministerio Fiscal y las demás partes. En lo demás, bajo la dirección del Magistrado o Presidente del Tribunal, serán de aplicación las reglas establecidas en el artículo 266.*

restantes pruebas. Este es el criterio que se viene manteniendo de forma unánime desde aproximadamente el año 2013 por los Magistrados de las dos Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Así, en base a lo dispuesto en el último párrafo del artº 701 L.E.Crim al inicio de la vista oral proceden a abrir un incidente procesal sobre el orden probatorio, concediendo en primer lugar un turno de palabra a la defensa sobre este particular y posterior traslado a las acusaciones pública y privada, para finalmente acordar la inversión del orden probatorio propuesto. La razón de esa decisión, explican sus partidarios, reside en que los términos del artículo 701 L.E.Crim, a la luz de los fundamentos constitucionales y convencionales que deben determinar su interpretación, obligan a garantizar del mejor modo la eficacia del derecho de defensa y, desde luego, la mayor equidad del proceso. Añaden que de esta forma nos encontramos con mayores y mejores condiciones de defensa y equidad que permiten satisfacer de forma más adecuada el objetivo que se precisa en el propio artículo 701 L.E.Crim: favorecer un mejor descubrimiento de la verdad. Su argumento termina expresando su convencimiento de que en un modelo de proceso penal respetuoso con las exigencias constitucionales de equidad la verdad se descubre mejor cuanto más se respeten los derechos fundamentales, en especial el de defensa y a defenderse de forma eficaz, que se ponen en liza durante el desarrollo del juicio¹⁰.

En las resoluciones más recientes¹¹ argumentan la preponderancia del derecho de defensa sobre cualesquiera otros del proceso debiendo prevalecer la búsqueda de un mayor esclarecimiento de los hechos o de un más seguro descubrimiento de la verdad. Añaden que el artº 701 sugiere que no existe un orden normativizado y de ahí el criterio de la Sala, sin perjuicio del respeto a las estrategias defensivas de las partes, y por tanto a la elección del momento para declarar los acusados, tanto si desean hacerlo en primero como en último lugar, entendiendo que no se les puede privar de esta posibilidad reglada precisamente por los designios que la fundamentan. Designios éstos, el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de la verdad que, por una parte, y por lógica, se hacen más accesibles cuantos más derechos, y más garantizados estén, los derechos de defensa, y que, por otra, no dejan de ser un reflejo de la voluntad del legislador ajustada a los mandatos constitucionales. Según su parecer, los fundamentos constitucionales y convencionales que deben determinar la

¹⁰ AP Tarragona, sec. 4ª, S 17-2-2014, nº 44/2014, Rec. 42/2012. Ponente Hernández García.

¹¹ AP Tarragona, sec. 4ª, S 16-3-2017, nº 103/2017, Rec. 24/2016. Ponente Hernández García.

interpretación del precitado artículo, obligan a garantizar del mejor modo la eficacia del derecho de defensa y, desde luego, la mayor equidad del proceso.

En la doctrina también se encuentran tesis posicionadas en la postura anterior. Así SÁNCHEZ MELGAR¹² en relación a la inversión del orden de la práctica de las pruebas manifiesta que el Tribunal no está en disposición de elegir optativamente, buscar o no el esclarecimiento de los hechos o el descubrimiento de la verdad, sino que forzosamente debe buscarlo, claro es que dentro de los canales legales del procedimiento establecido. Es obvio que ese fin último del proceso penal, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil dominado por el principio dispositivo, constituye la razón superior, que sin ceder a ninguna otra prevalente, actúa como criterio determinante del orden de las pruebas. Este orden será el que las partes hayan propuesto sólo y en la medida en que ese orden solicitado se acomode al referido criterio ordenador superior cuya salvaguarda se encomienda al Presidente. Así lo demuestra la doble vertiente de la norma: que el Presidente debe actuar de oficio, y por tanto aunque no se le pida que lo haga, y que al hacerlo no puede el Presidente decidir por otro criterio distinto de aquel que la norma establece. La norma dentro de ese marco permite que la parte proponga su orden, pero su propuesta no vincula al Tribunal cuando su Presidente considere que se impide el debido esclarecimiento de los hechos, por el que el Tribunal ha de velar necesariamente, incluso de oficio.

En el mismo sentido, LÓPEZ ORTEGA¹³ entiende que debería considerarse seriamente la posibilidad de revisar el marco en el que se obtiene la declaración del inculcado para que constituya una auténtica expresión del derecho a ser oído, pues no debería realizarse a instancias de la acusación, ni consistir en un interrogatorio, sino producirse a su iniciativa o a la de su defensor y consistir en una declaración libre más que en un interrogatorio.

No obstante, este criterio referido no es compartido por la jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales, las cuales si se refieren a ello es para desestimar la petición realizada por la defensa en lo que se refiere a la inversión del orden probatorio, ni tampoco Tribunales Superiores de Justicia¹⁴, ni mucho menos la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

¹² SÁNCHEZ MELGAR J.A., Una visión crítica de la celebración del juicio oral en el proceso penal. Cuadernos Digitales de Formación, nº 39. CGPJ. Madrid 2009, p.7.

¹³ LÓPEZ ORTEGA, J.J., Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 37.

¹⁴ STSJ Aragón, Sec. 1ª, S 9-3-2016, nº 1/2016, rec. 3/2016. Pte: Bellido Aspas, Manuel. Descarta que se haya causado indefensión en la práctica de la prueba, por haberse sujetado el Magistrado Presidente al orden legal del artº 710 L.E.Crim, añadiendo que no corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos un primer pronunciamiento sobre el particular en la STS nº 309/2009, de 17 de marzo, invocando un anterior precedente de la STS nº 663/1999, de 4 de marzo, tras recordar que es al tribunal a quien corresponde la última palabra sobre el orden en que han de practicarse las pruebas propuestas por las partes, rechaza que la denegación de petición de cambio en el orden de las pruebas represente ningún quebranto de forma, ni que ello signifique indefensión dada la posibilidad de la defensa de intervenir contradictoriamente en todas las pruebas, de informar en último lugar después de las acusaciones, y del derecho a la última palabra que se reconoce a todo acusado, lo que se constituye en medios suficientes para permitir al acusado ser oído y reargüir contra lo que quiera¹⁵.

Pero es en la STS nº 259/2015¹⁶, donde la Sala II expone de una forma mucho más clara y determinante su parecer. El motivo del recurso concernía a la alegación de la vulneración del derecho de defensa, con la consiguiente indefensión por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios dejando a los acusados para el final. Considera el TS que el motivo carece de fundamento, exponiendo a continuación su doctrina que se resume en los siguientes términos:

El orden en el que han de practicarse las pruebas está determinado legalmente en el artº 701 de la L.E.Crim y comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la de las demás acusaciones y terminando con la de los acusados. Añaden que las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente y que la decisión de su alteración corresponde al Tribunal atendiendo al argumento del mayor esclarecimiento de los hechos o más seguro descubrimiento de la verdad. Insiste el Tribunal Supremo que el *usus fori* sitúa la declaración del acusado al inicio del juicio y que esta dinámica usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro "*usus fori*" muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos,

¹⁵ STS 2ª, S 17-3-2009, nº 309/2009, rec. 11047/2008. En el mismo sentido, la STS nº 1577/2005, de 21 de diciembre expresa que el artículo 701, en su párrafo último, lo que permite es que el Presidente del Tribunal altere el orden de declaración de los testigos, pero no se refiere a alterar el orden entre el interrogatorio del acusado y la declaración de los testigos. También en ATS nº 1265/14, de 17 de julio y STS nº 394/2014, de 7 de mayo.

¹⁶ STS nº 259/2015, rec. 1125/2014. Ponente Cándido Conde Pumpido.

limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio. Refuerza este argumento el hecho de que según el texto legal, el juicio ha de comenzar con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, y en caso de respuesta negativa, lo procedente será que a continuación ofrezcan las explicaciones y aclaraciones que estimen precisas contestando, si desea hacerlo a las preguntas de la acusación y de la propia defensa, siendo a través de esta declaración inicial y del derecho a la última palabra como los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada en su contra, de forma que el juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados. Es más, en los supuestos de pluralidad de acusados con intereses contrapuestos, la declaración de cada uno de ellos tiene doble naturaleza, en la medida que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, de forma que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de ellos contenga elementos incriminatorios para los demás.

Además, con independencia del momento en el que se produzca la declaración, el acusado ya conoce las pruebas de cargo de la acusación y lo que los testigos han declarado en fase de instrucción, pues no en vano dispone de asistencia letrada, por lo que ha tenido la posibilidad de asesorarse sobre las posibles consecuencias del mero hecho de declarar y del contenido de lo declarado. En definitiva ha tenido la oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa. Y todo ello, teniendo presente que su declaración se realizará desde sus derechos legal y constitucionalmente reconocidos como son el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan (arts. 118 y 520 de la L.E.Crim y 24 de la Constitución).

Pero es a continuación donde a nuestro juicio el Tribunal Supremo expone su argumento más contundente cuando dice lo siguiente que por su importancia se reproduce literalmente: *“Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse”*

La Sentencia, tras reconocer la existencia de la corriente minoritaria referida y evitando entrar en polémica advierte de la pérdida de credibilidad que podría suponer para el acusado realizar su declaración en último lugar, ya que a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, en nuestro país, no está obligado a decir la verdad. Insiste en que con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de perder la inmunidad frente al falso testimonio, inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso .

Añade igualmente la sentencia que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable, hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Hace aproximadamente dos siglos, decía Jeremy Bentham que el arte del proceso no es sino el arte de administrar las pruebas, afirmación que abarca tanto al hecho de proponer las pruebas como a la decisión sobre la forma de afrontar su práctica y que entendemos que sigue estando vigente, máxime cuando quienes defienden la alteración del orden propuesto para relegar el interrogatorio del encausado al último lugar, no olvidan intercalar en medio de su argumentario, una referencia al respeto de las estrategias de las partes.

Lo anterior quiere decir que si las partes, y entre ellas las acusaciones, han ordenado su prueba con arreglo a una estrategia, de prevalecer la tesis que aboga por la alteración de oficio del orden de la prueba, podría denotarse una cierta influencia del tribunal en la estrategia de las partes, con eventual quiebra de su derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de armas. Así, generalmente, no puede darse por sentado que la proposición por las acusaciones de la prueba en un determinado orden no suele obedecer a la casualidad, sino que puede deberse a una planificada estrategia en torno a sus intereses en el plenario.

También podría decirse que dado que el acusado declara bajo la premisa de su derecho a no decir nada que le perjudique y que por tanto puede faltar a la verdad, sería indiferente el

momento en el que prestara declaración, porque nada de lo que dijera podría tenerse en cuenta debido a la pérdida de credibilidad derivada de los derechos contenidos en su estatuto y que están presentes a lo largo de todo el proceso. Pero entonces deberíamos concluir que a la declaración del encausado no podría otorgársele ninguna relevancia probatoria.

El problema surge si se tiene en cuenta que el órgano sentenciador valora las pruebas libremente según lo dispuesto en el artº 741 de la L.E.Crim, y que por tanto, ha de valorar la declaración del encausado. En estas circunstancias dejar que el encausado elija entre prestar o no declaración y el momento en que quiere prestarla, se presenta a nuestro juicio como una manifestación de hipergarantismo que alarga sobremanera el contenido del derecho de defensa, pues este derecho se encuentra perfectamente garantizado con el derecho a la última palabra que, como hemos anticipado, el legislador decimonónico sí que reguló y del que la jurisprudencia dice que no ha de considerarse como un mero trámite sino que es una manifestación del derecho de defensa que se ha de salvaguardar, en concreto es una manifestación del derecho de autodefensa.

Consideramos que no puede tenerse al derecho anglosajón ni mucho menos como poco avanzado, por lo que extrapolar de forma sesgada sus prerrogativas y reglas del proceso en esta materia a nuestro ordenamiento jurídico podría traer consigo algunos riesgos, pues nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta ya dotó al estatuto del investigado o encausado de los suficientes privilegios como para considerar necesaria una mayor extensión. Y ello, a fin de que el marco del proceso penal tenga cabida la defensa de todos los intereses en juego: los del encausado, pero también los de las víctimas y el *ius puniendi* del Estado en pro del mantenimiento del orden público y la paz social.