

monologante, en el cual ya no es posible ver a tres sujetos -acusación, defensa y juez- que ocupan una posición autónoma -institucionalmente antagónica los dos primeros y neutral el último- y en el que, naturalmente, pierde sentido el principio de igualdad entre las partes<sup>(83)</sup>.

Innecesario resulta poner de relieve la envidia de tamañas críticas y la idea que constituye el eje central de todas ellas, la cual, sintéticamente expresada, viene a ser la siguiente: el art.57 bis b) supone la restauración del modelo procesal inquisitivo, caracterizado por la ausencia de partes, presidido por un juez-acusador, dirigido contra un sujeto que no es sino objeto del proceso, y en el cual carecen de sentido principios como el de igualdad de partes o contradicción.

Pues bien, quizá resulte útil iniciar las reflexiones que a partir de ahora nos van a ocupar, sometiendo a examen la situación siguiente: el Ministerio Fiscal, el juez de instrucción y hasta la defensa del imputado tienen -según se dice- el objetivo común de obtener la confesión a que el art.57 bis b) se refiere; es más, se persigue obtenerla -y son palabras de FERRAJOLI<sup>(84)</sup>- al amparo del secreto que suele caracterizar en estos casos la instrucción, fuera de los ojos y las orejas indiscretas presentes en la fase de plenario. A tal efecto se produce el interrogatorio, en presencia judicial y con asistencia de Letrado, y la confesión se obtiene, y la obtiene, *precisamente*, el juez que ha de decidir -pues así se dispone en nuestro actual sistema- sobre la verosimilitud de los resultados de esa investigación, esto es, el mismo que ha de decidir sobre la razonabilidad de la pretensión acusatoria, pero ni que decir tiene que si su interés -como el de los restantes intervinientes- era el de obtener la confesión, tal trámite -discurrir sobre la razonabilidad de la imputación- carece de sentido. A la vista de ello, es de esperar que el lector haya comenzado a cuestionarse si *todo* ello lo provoca el art.57 bis b). Pero sigamos. A la imputación judicial le sigue el juicio oral y -pongamos por caso- el sujeto decide retractarse de su confesión anterior. Da igual; así es porque, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, y según un importante sector de la doctrina, para que las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción puedan tener valor probatorio es suficiente con que el sujeto que las hizo comparezca en el juicio y declare ante el Tribunal sentenciador, siendo indiferente cuál sea el contenido de esta última declaración.

---

<sup>(83)</sup> Fundamentalmente en Italia fue donde fructificó este discurso (Vid. *supra* Capítulo II) que, en sus líneas generales, puede considerarse asumido por la doctrina española: vid. entre otros. LAMARCA. Tratamiento... op.cit. p.348; DE LA CUESTA. "Atenuación...", op.cit., p.581 y 582; ARROYO. "Terrorismo...", op.cit., p.181; TERRADILLOS. Terrorismo... op.cit., p.80; GARCIA RIVAS. "Motivación...", op.cit., p.110 y 111.

<sup>(84)</sup> "Ravvedimento...", op.cit., p.219.

El panorama puede parecer desolador pero es el que en nuestro actual sistema procesal puede llegar a producirse, *con el art.57 bis b) o sin él*.

La cuestión no varía sustancialmente si de las declaraciones de un copartícipe se trata; si acaso, se agrava. Y así sería en la medida en que nuestra jurisprudencia decidiera otorgar a éstas entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Si a ello unimos el hecho de que -como ya se ha dicho- se admita la valoración como prueba de las declaraciones sumariales en caso de que el copartícipe se retracte de ellas en el juicio oral, la situación puede, sin duda, provocar perplejidad. Pero, una vez más, conviene preguntarse si todo ello se deriva de lo que dispone el art.57 bis b).

Lo que en definitiva conviene preguntarse es si en efecto es el art.57 bis b) el que introduce una distorsión general del proceso o si, por el contrario, lo que sucede es que tal precepto- sin duda, problemático- se inserta en un proceso que está de por sí desfigurado y en el que desgraciadamente aun persisten ciertos hábitos inquisitivos que son los que en realidad permiten que se produzcan aquellas disfunciones que la doctrina achaca directa y exclusivamente a la norma en cuestión.

El problema no está -como veremos- en que la ley, ligue beneficios a la confesión voluntariamente prestada. Ni siquiera en que tales beneficios estén previstos a favor del copartícipe. Todo eso *por si solo* ni supone la reinstauración de una confesión inquisitiva, ni vulnera la presunción de inocencia, ni debilita el contradictorio, ni quebranta la igualdad de las partes en el proceso.

El problema, o los problemas, surgen más bien del hecho de que el art.57 bis b) se inserte en un sistema procesal caracterizado por una larga instrucción, la cual, en la medida en que es herencia del modelo inquisitivo, conserva rasgos de éste, de entre los cuales no es el menos sintomático el extraño papel del juez instructor, titular de la investigación y, al mismo tiempo, encargado de decidir sobre la razonabilidad de la pretensión acusatoria<sup>(85)</sup>. Un sistema caracterizado asimismo por la tendencia a valorar aquella primera fase como parte del juicio, lo cual -con independencia de las muchas garantías que ciertamente la rodean- conduce al debilitamiento del contradictorio con todo lo que ello supone; caracterizado, en fin, por lo que al tema concreto de las declaraciones de los copartícipes se refiere, por una línea jurisprudencial que se aparta de

---

<sup>(85)</sup> Ante una situación de este tipo, causa cierto asombro el que se diga que son precisamente preceptos como el que nos ocupa los que encomiendan al juez funciones policiales que no le son propias, y que comprometen la necesaria imparcialidad del mismo Vid.por todos FERRAJOLI. Diritto e ragione. op.cit., p.863 y ss.

lo dispuesto en otros ordenamientos y otorga valor probatorio a la declaración no corroborada de un coimputado.

Quizá por ello cuando se insiste en las dificultades que el art.57 bis b) plantea, lo más prudente es no mezclar problemas y, sin perjuicio de tenerlos todos presentes, tratar, en primer lugar, de separar cuáles son aquellos que más directamente se derivan del precepto en cuestión, y, seguidamente, procurar encontrar, si ello fuera posible, el mejor modo de solventarlos. Concretamente, estimo que las dos cuestiones más acuciantes que el art.57 bis b) suscita son: de un lado, la necesidad de resolver si por el hecho de que a la confesión le siga la atenuación de la pena, puede estimarse menoscabado el derecho de defensa y, muy especialmente, en cuanto manifestación de aquél, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. De otro lado, es preciso analizar los graves inconvenientes que puede provocar la modalidad de conducta consistente en la inculpación de terceros; más concretamente, los que se derivarían de una cierta aplicación procesal de este instituto que conduciría, a mi juicio, a vulnerar -entre otros derechos y principios- la presunción de inocencia. De todo ello paso a ocuparme a continuación.

#### *II.4.2.- La confesión. El derecho a no confesarse culpable.*

Se trata aquí de analizar si la modalidad de conducta prevista en la letra a) del apartado primero del art.57 bis b) contraviene o no el derecho constitucional que se reconoce a toda persona a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (art.24.1.C.E.), y, más concretamente, si éste se vulnera por el hecho de que el precepto anude ventajas punitivas al comportamiento de quien se presenta a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado.

Pues bien, ya en el siglo pasado CARMIGNANI quiso ver un paralelismo estructural entre la tortura utilizada en el proceso inquisitivo y la impunidad que se concede al sujeto por su colaboración procesal, "con questa differenza soltanto: che la tortura aspira a convertire in criterio di verità il dolore, e la impunità aspira a ottenere lo scopo medesimo col piacere"<sup>(86)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> Teoria delle leggi della sicurezza sociale, III, Pisa, 1832, p.241, cit. por PADOVANI. La soave... op.cit., p.541. No obstante, CARMIGNANI se refería a la colaboración procesal dirigida fundamentalmente no tanto a la autoinculpación, cuanto a la inculpación de terceros; en cualquier caso, ello no altera la idea que subyace en sus palabras y, de ahí, que se haya recurrido a ella tanto para criticar las normas que ligan el beneficio al tipo de colaboración a que CARMIGNANI aludía, como a aquellas otras que lo anudan al reconocimiento de los propios hechos.

Es probable que hasta el propio CARMIGNANI se hubiera sorprendido de que aquellas palabras suyas llegaran a alcanzar la resonancia que en efecto alcanzaron a raíz de la aparición en Italia de la legislación de la "emergenza" y, muy especialmente, a partir de un célebre artículo de PADOVANI donde el autor afirmaba categóricamente que "l'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa"<sup>(87)</sup>. No obstante, dos años antes, DOLCINI<sup>(88)</sup> se había pronunciado ya en este sentido, por entender que el respeto al derecho de defensa, así como el principio según el cual el imputado no está llamado a contribuir a probar su culpabilidad, prohíbe no sólo desvalorar en la determinación de la pena cualquier conducta de aquél realizada en el ejercicio de tales derechos, sino también el que se apliquen descuentos de pena en la hipótesis opuesta, pues -según DOLCINI- la lesión de aquellos derechos es la misma cuando se constriñe al imputado a confesar con la amenaza, que cuando tal cosa se realiza desde la perspectiva del premio.

Sobre la base de tales ideas, las críticas -tanto en Italia como en España<sup>(89)</sup>- ya no cesarán, y se dirá que las normas que asocian beneficios punitivos al reconocimiento de los hechos transforman al imputado en medio de prueba, que su único fin es el de servir de "adecuado estímulo" a la confesión, que con ellas se auspicia el resurgir de prácticas policiales irregulares tendentes a obtenerla y que, en fin, todo ello se opone al derecho que se reconoce al imputado a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por lo que algún procesalista español no ha tenido reparo alguno en estimar que se trata de "un claro supuesto de prueba prohibida o ilícita"<sup>(90)</sup>.

Ese es, sucintamente expuesto, el estado de la cuestión, ante el cual no resulta extraño que en el debate parlamentario de la L.O.9/1984, de 26 de Diciembre, se presentase una enmienda -a mi modo de ver, innecesaria- con la que se pretendía que se consignase expresamente en la ley que lo exigido era una declaración conforme a lo establecido en la Constitución y en la ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>(91)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> La soave..., op.cit., p.541.

<sup>(88)</sup> La commisurazione della pena, Padova, 1979, p.316 y 317.

<sup>(89)</sup> Entre otros muchos. BARATTA/SILBERNAGL, "La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica nel processo penale", Dei delitti e delle pene, 1983, p.576 y 577; FERRAJOLI, "Ravvedimento...", op.cit., especialmente p.219 y 220; ARROYO, "Terrorismo...", op.cit., p.182; DE LA CUESTA, "Atenuación...", op.cit., p.582 y 583. GARCIA RIVAS, "Motivación...", op.cit., p.110.

<sup>(90)</sup> GIMENO SENDRA, Derecho Procesal..., op.cit., p.440. aunque no deje de resultar curioso el que ese mismo autor en otro lugar de la obra citada se refiera al art.57 bis b) como "manifestación *licita* del principio de oportunidad" (p.65, cursiva mía), y es curioso por lo difícil que parece admitir que puedan existir manifestaciones lícitas de aquel principio que, al mismo tiempo, se opongan a derechos constitucionalmente reconocidos.

<sup>(91)</sup> Enmienda nº 101, presentada por el Sr. BANDRÉS MOLET.

Sin duda, no hay que descartar que, a primera vista, aquellas objeciones puedan resultar sugerentes; sin embargo, entiendo que una reflexión más ponderada y serena permite llegar a la conclusión de que nos encontramos ante críticas desacertadas, que se han limitado a reiterar aquella metáfora -a mi juicio desafortunada- que PADOVANI popularizó, y que, en algunos casos, ocultan una inadmisibile -como hipótesis de trabajo- desconfianza en las instituciones democráticas y en los sistemas de control de las mismas.

De acuerdo con las críticas ya vistas, resultaría que el art.57 bis b), 1 letra a) restaura viejas prácticas inquisitoriales en la medida en que con él se persigue obtener, a través del "premio", una confesión de la que se derivaría la automática condena del sujeto, menospreciando con todo ello el derecho constitucional a no confesarse culpable. Ahora bien, para que esto fuera así, sería necesario que pudieran aceptarse estas dos premisas: 1) Que la confesión a que se refiere el art.57 bis b) produce los efectos que le eran propios a la confesión del modelo inquisitivo, y 2) que del art.24.1.C.E. puede deducirse que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada es contrario al derecho fundamental a no confesarse culpable. Entiendo, sin embargo, que ambas premisas pueden ser refutadas.

1.- En primer lugar, para admitir que la confesión en cuestión es la propia del proceso medieval sería preciso que, una vez realizada, ésta se convirtiese en prueba plena frente al confesante, esto es, que el reconocimiento de los hechos que en ella se contiene tuviese efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional, hasta el punto de verse obligado -independientemente de la veracidad o falsedad de la confesión- a admitir la existencia de los hechos y a condenar sobre la base de la misma. El sujeto, motivado por el "premio", habría servido, pues, como instrumento de su propia condena.

Sin embargo, nada de eso se extrae del art.57 bis b). En él -como v.g. en el art.9.9ª C.P.- sólo se contempla un mero reconocimiento de los hechos, al que, de acuerdo con el sistema procesal vigente, no resulta posible asignar efectos vinculantes de ningún tipo, por lo que no puede decirse que la realización de la conducta prevista en el precepto en cuestión convierta a quien la hace en culpable de los hechos en que reconoce haber tomado parte.

Es más, aquella confesión ni siquiera autoriza en todo caso a poner fin a la instrucción o al plenario sin necesidad de proponer y de practicar pruebas. Ciertamente, podrá ocurrir -dependiendo de la pena que tenga asignada el delito- que en estos casos se recurra a lo dispuesto para el procedimiento abreviado en la regla quinta del art.789.5.L.E.Crim., la cual autoriza al juez, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado, a poner fin a la instrucción si el imputado, asistido de Abogado, hubiere

reconocido los hechos. Sin embargo, aunque así fuera, no hay que olvidar -como la doctrina se encarga de recordarnos<sup>(92)</sup>- que ni siquiera en este caso queda el juez vinculado por tal reconocimiento, sino que éste ejercerá la facultad que le concede el art.789.5.5ª L.E.Crim. ("*podrá remitir*", dice el precepto) dependiendo de la fiabilidad que la confesión le ofrezca, de modo que no puede equipararse ésta a la propia del sistema inquisitivo, en el cual determinaba el contenido de la sentencia. Lo mismo habría que decir, por otra parte, de aquellos casos en que -por permitirlo la pena asignada al delito- la articulación procesal de estos supuestos hubiere discurrido a través del cauce de la conformidad, de la que el reconocimiento de los hechos en el procedimiento abreviado viene a ser el anuncio de que aquella tendrá lugar. Ciertamente, si la conducta prevista en el art.57 bis b) 1, letra a) recibiera este trato procesal, ello supondría prescindir del plenario y proceder a dictar sentencia sin previa actividad probatoria, pero aun en este caso -como en cualesquiera otros en que tuviera lugar la conformidad- habría que seguir negando el que ello suponga el retorno a prácticas inquisitoriales, a menos que se mantenga que la conformidad por sí misma lo supone, cuestión en la que no procede entrar<sup>(93)</sup>.

En definitiva -y sirviéndome de la distinción que VIVES ANTÓN<sup>(94)</sup> hace entre "confesión inquisitiva" y "confesión contradictoria"- podría concluirse que, incluso en estos casos, a lo único que da paso el art.57 bis b) es a una confesión contradictoria.

La cuestión es si cabe aún más clara cuando, debido a la pena que tenga asignada el delito, no quepa ni siquiera la posibilidad de poner fin a la instrucción o seguir el cauce procesal de la conformidad. En tales casos, el valor que decida darse a la confesión

---

<sup>(92)</sup> ALMAGRO NOSETE, Derecho Procesal..., (con GIMENO/MORENO/CORTÉS), op.cit., p.528. GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional (con MONTERO/ORTELLS/MONTÓN), Barcelona, 1993, 3ªed., p.306; ORTELLS, Derecho Jurisdiccional..., (con MONTERO/GÓMEZ/MONTÓN), op. cit. p.326.

<sup>(93)</sup> Sin embargo, conviene recordar, no sólo que la conformidad es un acto de disposición *voluntario* puesto en manos del sujeto pasivo del proceso, sino también que dicha conformidad no determina en todo caso el contenido de la sentencia: de ahí las importantes *excepciones* que la ley impone a la vinculación del órgano jurisdiccional (arts.655, 688 y 793.3., p.2 y 3 L.E.Crim.), las cuales son expresión de la preocupación de legislador por evitar que se produzcan ciertas consecuencias indeseables, que, por el contrario, serían absolutamente irrelevantes en un modelo inquisitivo. Es más, hay quien estima que, sin perjuicio de considerar conveniente que se reforme expresamente la regulación de la conformidad, los preceptos que la regulan pueden interpretarse en el sentido de que el juez puede ordenar la continuación del juicio si no existieran elementos suficientes para destruir la presunción de inocencia, VIVES ANTÓN, La reforma..., op.cit., p.296 y 297. Esta afirmación, por otra parte, cuenta con el importante aval del Consejo General del Poder Judicial, que aprobó por unanimidad el Informe donde aquella fue vertida (Informe relativo a la Reforma procesal penal de 1992)

<sup>(94)</sup> La reforma..., op.cit., p.297.

realizada no podrá ser otro que el que se deriva del principio de libre valoración de la prueba contenido en el art.741 L.E.Crim., lo que de por sí introduce una indudable diferencia con la confesión propia del proceso medieval; y ello tanto si se acoge la tesis según la cual la confesión tiene aptitud por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como- con mayor motivo- si se entiende que aquella debe ir acompañada de otros medios de prueba. <sup>(95)</sup>

Podrá estimarse -como muchos hacen, siguiendo (o quizá yendo más allá) la doctrina que ya se contenía en el Febrero reformado y la opinión de comentaristas tan ilustres como AGUILERA DE PAZ<sup>(96)</sup>- que la confesión del sujeto nada prueba mientras la responsabilidad del sujeto no resulte constatada por otras pruebas. Podrá estimarse también -como hacen otros, y como reiteradamente ha dicho el Tribunal Supremo<sup>(97)</sup>- que lo que nuestra Ley de Enjuiciamiento persigue, no es negar valor probatorio a la confesión, sino impedir la sobrevaloración de la misma, por lo que -en palabras de ASENSIO MELLADO- "los requisitos del art.406 L.E.Crim., han de interpretarse en el sentido de forzar a toda autoridad interviniente en el proceso penal a una actividad tendente a la búsqueda de otra prueba ", pero "si colmada esta exigencia no es posible encontrar otros datos y racionalmente la declaración inculpatoria es verosímil y se manifiesta en libertad, no se pueden alzar serios obstáculos para acoger su fuerza probatoria y la susceptibilidad de tal declaración para fundamentar una sentencia

---

<sup>(95)</sup> Puede verse una detallada exposición general sobre el actual estado de la cuestión en, VÁZQUEZ SOTELO. Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español). Barcelona. 1984. p.184 y ss.

<sup>(96)</sup> Vid. ALMAGRO NOSETE. Derecho Procesal (con GIMENO/MORENO/CORTÉS). op.cit.. p.205. SILVA MELERO. v.g., estima -como ya hiciera MANZINI- que el valor de la confesión judicial es el de servir de mero indicio que debe ser confirmado por otros elementos de prueba. La prueba procesal. T.I., Madrid. 1963. p.196. 197 y 199. vid. al respecto. VÁZQUEZ SOTELO. Presunción..., op.cit., p.189 y nota 249. p.201. Rechaza expresamente esta tesis la S.T.S. 1 Febrero 1991 (R.A.685), Cfr.S.S.T.S.20 Enero 1989 (R.A.56) y 9 Julio 1992 (R.A.6561).

<sup>(97)</sup> Así S.18 Enero 1989, R.A.44 ("La argumentación del recurrente presupone que la confesión de la autoría también carece por sí sola de todo valor y que ésta debería ser probada por medio de otras pruebas distintas de la confesión. Este punto de vista es evidentemente erróneo. (...) la confesión puede por sí misma ser prueba suficiente de la autoría, F.º 2º). S.19 Noviembre 1991, R.A.8326 ("la confesión prestada como en este caso con todas las garantías procesales es por sí misma prueba suficiente de la autoría o participación, F.º 1º); S.19 Diciembre 1991, R.A.9505 (el "reconocimiento del propio inculpadado resultante de la apreciación de la prueba desvirtúa la presunción de inocencia"); asimismo, S.S.T.S.1 Febrero 1991 (R.A.685); 20 Febrero 1991 (R.A.1298); 10 Abril 1991 (R.A.2594); 10 Junio 1991 (R.A.4557); 17 Junio 1991 (R.A.4737); vid. no obstante. las importantes matizaciones que se hacen en las S.S.T.S. 20 Enero 1989 (R.A.56); 9 Febrero 1991 (R.A.985); 24 Junio 1991 (R.A.4794); 9 Julio 1992 (R.A.6561).

condenatoria"<sup>(98)</sup>.

Pues bien, tanto si se acepta la primera de las soluciones propuestas por la doctrina, como si la opción lo es por la segunda de ellas, nunca podrá llegarse a la conclusión de que una confesión hecha al amparo de lo dispuesto en el art.57 bis b) es una confesión propia del modelo inquisitivo. Así es porque ninguna de aquellas interpretaciones -tampoco la que mantiene el Tribunal Supremo- acoge la idea de que la confesión determine inexorablemente el contenido de la sentencia, esto es, nadie pretende mantener que, producida la confesión, queden, de un lado, definitivamente fijados los hechos y que el relato histórico de los mismos que se contiene en la sentencia venga determinado necesariamente por aquella y, de otro lado, que de dicha confesión se derive la automática condena de quien la hace. Por tanto, lo único que se extrae de la teoría según la cual la confesión es por sí misma prueba bastante para condenar, es que la confesión es una prueba más y, consiguientemente sujeta -como todas las restantes- al principio de libre valoración, por lo que -como se lee en alguna sentencia del Tribunal Supremo- "la confesión del presunto autor puede servir y puede no servir para condenar según las circunstancias, que habrá de valorar con todo detalle (...) el juzgador de instancia en el justo entendimiento de que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real"<sup>(99)</sup>.

Por todo lo dicho, estimo que debe considerarse resuelta la cuestión de si en el art.57 bis b) se instaura o no una confesión inquisitiva. A partir de ahí, el problema convendría centrarlo en resolver si -aun tratándose de una confesión que no conduce inexorablemente a la condena de su autor- el art.24.2 C.E. permite llegar a la conclusión de que el hecho de que la ley ligue un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, vulnera el derecho a no confesarse culpable.

2.-Pues bien, para llegar a aquella conclusión -que, dicho sea de paso, supondría también la inconstitucionalidad del art.9.9ª C.P.- habría que admitir, o bien que el derecho a no confesarse culpable es un derecho irrenunciable, o bien que, aun siendo voluntariamente renunciado, el "premio" elimina la voluntariedad. A mi juicio, nada de esto puede ser asumido. Veámoslo.

Cierto es que el actual sistema procesal obliga a configurar al individuo como sujeto procesal y que de ello se deriva el que se le reconozcan importantes derechos, cuya vigencia impone una serie de pautas interpretativas, de entre las cuales interesa ahora

---

<sup>(98)</sup> Prueba prohibida v prueba preconstituida, Madrid, 1984, p.134.

<sup>(99)</sup> S.12 Julio 1991 (R.A.5815), F.º 1º.

destacar el que el interrogatorio deba ser entendido *ante todo* como medio de defensa<sup>(100)</sup>. Ello implica -amén del derecho a ser informado de la acusación y de los propios derechos que le asisten- que el silencio del sujeto sea escrupulosamente respetado, sin que de él se pueda derivar perjuicio alguno, y que, consiguientemente no pueda llevarse a cabo actuación alguna que elimine o simplemente disminuya la voluntad del mismo. Hasta tal punto esto es así que incluso ha llegado a hablarse de un "derecho a no colaborar propio del proceso penal posterior a la Constitución de 1978"<sup>(101)</sup>.

Ahora bien, no parece que haya nada que impida el que el sujeto -precisamente por ser sujeto procesal- pueda disponer de su derecho constitucional tras haber sido informado de que tal derecho le asiste y siempre, naturalmente que tal renuncia se haya producido libremente. Así lo entiende la doctrina<sup>(102)</sup> y así la entendieron también el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en un caso que resulta de singular interés para la cuestión que nos ocupa.

En ambas sentencias -la primera<sup>(103)</sup> recaída en recurso de casación interpuesto contra otra de la Audiencia Provincial de Tarragona, y la segunda<sup>(104)</sup> dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia recaída en casación- se trataba de decidir si el art.9.9ª C.P. entraba o no en contradicción con el derecho "a no declarar contra sí mismo" y el derecho "a no confesarse culpable". El Tribunal Supremo estimó que una tal contradicción no existía, por ser tal cosa "una apariencia y no una realidad contrastada, pues (...) no hay una contradicción *in terminis*, sino que es un simple supuesto de estrategia procesal el decidir en cada caso si es o no conveniente el ejercicio de tales derechos (*porque derecho subjetivo público renunciable es el de declararse culpable*), valorando previamente el riesgo que ello comporta. Es decir: la estrategia radica o en negar los hechos o en confesarlos, con la pérdida de la atenuante de arrepentimiento en el primero o la dejación del derecho constitucional para

---

<sup>(100)</sup> Sin perjuicio de que se le reconozca una doble virtualidad -como medio de prueba y como medio de defensa- la doctrina, con acierto, insiste en esto último. Así entre otros muchos, SILVA MELERO. La prueba... p.183 y ss; ROMERO COLOMA. La prueba de confesión y el interrogatorio del acusado. Una visión psicológica, Barcelona, 1989, p.87 y ss; VÁZQUEZ SOTELO. Presunción... op.cit., p.112 y ss; ASECIO MELLADO. Prueba... op.cit., p.119.

<sup>(101)</sup> VÁZQUEZ SOTELO. Presunción... op.cit., p.217.

<sup>(102)</sup> MONTÓN REDONDO. Derecho Jurisdiccional (con MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ COLOMER).op.cit., p.353; RAMOS MENDEZ. El proceso penal. Segunda lectura constitucional. Barcelona, 1991, p.348; vid. supra autores citados en nota 100 de este mismo Capítulo..

<sup>(103)</sup> S.T.S.4 Marzo 1986 (R.A.1257).

<sup>(104)</sup> S.T.C.75/1987, 25 de Mayo.

acogerse al beneficio de la misma"<sup>(105)</sup>. Esa fue, asimismo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, quien expresamente asumió el argumento invocado por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que "ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere" (F.J.º 2º)<sup>(106)</sup>.

A mi juicio, es claro que de ambas sentencias se deduce no sólo la disponibilidad del derecho constitucional que nos ocupa sino también que la simple previsión legal del beneficio no elimina la voluntariedad de tal acto de disposición, conclusión con la que personalmente coincido; sólo un torcido entendimiento del concepto de voluntariedad puede llegar a equiparar a estos efectos la tortura propia del procedimiento medieval y el premio. La primera persigue una declaración dañosa para quien la emite, que surge de la fuerza y ante la necesidad de poner fin a un mal ilegítimo; la que nos ocupa surge, ausente toda coacción, de una elección consciente<sup>(107)</sup> sin implicar la automática condena del sujeto y reportándole en todo caso un beneficio. Si a todo ello se une -como se argumentó en otro lugar<sup>(108)</sup>- que esta modalidad de conducta presupone que es el sujeto quien voluntariamente se pone, antes de la detención, a disposición de las autoridades, hay que estar de acuerdo en que sólo una metáfora mal construida puede llegar a equiparar ambas situaciones.

---

<sup>(105)</sup> F.J.º 2º (negrita en el original; cursiva mía)

<sup>(106)</sup> Es más, cabría plantearse si otra de las razones por las que el Tribunal Constitucional estima infundado el recurso es precisamente el hecho de que la confesión que da paso a la atenuación no sea una confesión inquisitiva; y de ahí que afirme que "no es lo mismo que la confesión tenga suficiente entidad para conocer el hecho cometido -que es lo que dice la Sentencia (sc. la del Tribunal Supremo)- que exigir una confesión coincidente con el relato fáctico que se haga en la Sentencia que ponga fin al procedimiento -que es el elemento impugnado-" y que -añadiría yo- es lo que sucedería en todo caso si la confesión tuviere efectos vinculantes como prueba de la existencia del delito y de la culpabilidad del declarante.

Una interpretación de la sentencia en tal sentido puede ser, no obstante, aventurada o, al menos, no puede decirse que una conclusión de ese tipo se extraiga de forma evidente de la argumentación del Tribunal, que, desgraciadamente, no es todo lo clara que sería de desear.

<sup>(107)</sup> Precisamente por ello, sí que habría que estimar que vulnera el derecho en cuestión la promesa de ventajas no previstas legalmente o la falsedad sobre el alcance del beneficio legal. Así v.g. el §136a. I StPO configura tales supuestos como métodos de interrogatorio prohibidos, por cuanto el engaño menoscaba la libertad de decidir de forma voluntaria, lo que supone -de acuerdo con lo dispuesto en el §136a. III- que las declaraciones que se hubieran producido transgrediendo esta prohibición no podrán ser aprovechadas aunque el sujeto autorizase su utilización (con referencia expresa al Testigo de la Corona, FÜLLKRUG "Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode. MDR 2/1989, p.119 y ss). Entiendo que la conclusión a que debe llegarse en nuestro ordenamiento es la misma pues debe estimarse infringido el derecho de defensa, del cual es manifestación el derecho a no declararse culpable. Vid. ASENSIO MELLADO, La prueba..., op.cit., p.129.

<sup>(108)</sup> Vid. supra, Capítulo VI, p.378 y ss.

Es más, quizá sea conveniente recordar que el Tribunal Supremo Federal norteamericano -en cuantos asuntos han versado sobre la constitucionalidad del *plea bargaining*- ha precisado que el auténtico valor y significado del *privilege against self incrimination* previsto en la V Enmienda consiste -nada menos pero tampoco nada más- en garantizar al imputado que tiene la posibilidad de decidir libremente entre colaborar o dejar de hacerlo y que la voluntariedad del *plea* no se ve atacada por el hecho de que legalmente se prevean beneficios para quien opte por la primera de las posibilidades apuntadas<sup>(109)</sup>. Y resulta interesante reflexionar al respecto porque ello pone de manifiesto cuánto de pura retórica garantista hay en algunos casos cuando se pretende ir más allá de lo exigido en el modelo jurídico del que proviene la idea que se dice defender.

En definitiva, estimo que si la confesión se entiende del modo indicado en otro Capítulo<sup>(110)</sup> -es decir, como algo distinto a la "abiura laica" o al "pentimento civile" del que algunos hablaron<sup>(111)</sup>- y si a ello se unen las consideraciones hasta aquí expuestas, no hay razones para ver en ella una confesión distinta a la del art.9.9ª, de cuya constitucionalidad la doctrina, con razón, nunca ha dudado<sup>(112)</sup>. Así pues, parece inevitable acabar dando la razón a quienes<sup>(113)</sup> en Alemania ya apuntaban que normas similares al art.57 bis b) 1.a) no suponían por sí mismas la vulneración del derecho fundamental en cuestión.

Es más, me atrevería a decir que cuando la doctrina habla de los peligros que en este punto se derivan del art.57 bis b) está realmente pensando en otra cosa. Más concretamente, en la tendencia, cada vez más extendida, a conceder valor de prueba a lo que -de acuerdo con lo que sería un recto entendimiento del art.741 L.E.Crim.- no lo tiene, pues -como taxativamente afirma GÓMEZ ORBANEJA<sup>(114)</sup>- fuera del juicio ni hay fijación de hechos ni hay valoración judicial, de modo que no está de más que alguien recuerde que "cuando se dice que las diligencias sumariales no constituyen pruebas

---

<sup>(109)</sup> Vid. Capítulo II, p. 113.

<sup>(110)</sup> Vid. *supra*, Capítulo VI, II.1.

<sup>(111)</sup> PADOVANI, "Premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità", en *La legislazione...*, op.cit., p.54; BRICOLA, "Funzione promozionale, tecnica premiale e Diritto penale", *La Questione Criminale*, 3, 1981, p.453.

<sup>(112)</sup> Vid. CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo (Estudio del artículo 9.9ª del Código penal)*, Madrid, 1990, p.236 y ss.

<sup>(113)</sup> Así, LAMMER, "Terrorbekämpfung durch Kronzeugen", *ZRP*, 1989/7, p.251. FÜLLKRUG, "Unzulässige...", op.cit., p.120.

<sup>(114)</sup> *Derecho Procesal Penal*, (con HERCE QUEMADA), 10ª ed., Madrid, 1984, p.120.

sostiénese algo que es muy exacto, y *en un sentido más amplio quizá de lo que se supone*<sup>(115)</sup>; olvidar que eso es así es hacer de la fase de instrucción algo más que una simple herencia del modelo inquisitivo.

No deja de sorprender que en un momento histórico como el presente, en que se invocan las garantías del imputado como en ningún otro, la jurisprudencia- la del Tribunal Supremo<sup>(116)</sup>, pero también la del Tribunal Constitucional<sup>(117)</sup> -y un buen sector de la doctrina<sup>(118)</sup> mantenga, al amparo del art.714, la posibilidad de valorar como prueba -con independencia del valor que se le otorgue- la confesión sumarial del acusado en caso de disconformidad con la declaración que éste preste en el juicio, bastando para ello con que el sujeto declare ante el Tribunal sentenciador. Y la cosa se agrava si se tiene presente que el Tribunal Constitucional -y amparándose en él, el Tribunal Supremo- comienza a olvidar la rígida y correcta doctrina que él mismo elaboró en la célebre S.31/1981, 28 de Julio, y empieza a sustituirla por una concepción más flexible, con la que parece dar a entender que puede servir de fundamento a la condena la declaración prestada ante la Policía con asistencia de letrado aunque el sujeto se retractara de ella ante el juez de instrucción y, más tarde, en el momento del juicio<sup>(119)</sup>.

---

<sup>(115)</sup> GÓMEZ ORBANEJA, op.arriba cit., p.264 (cursiva mía).

<sup>(116)</sup> Así, entre otras muchas, S.S.18 Febrero 1989 (R.A.1598); 22 Enero 1990 (R.A.466); 25 Octubre 1991 (R.A.7379); 20 Noviembre 1991 (R.A.8598); 28 Noviembre 1991 (R.A.8703). En el mismo sentido se expresa, por su parte, la Audiencia Nacional, así S.S.24/1990, 21 Mayo. Sección 2ª. F.Jº. 2º; 37/1990, 25 Junio. Sección 2ª. F.Jº. 1º; 18 Diciembre 1990. Sección 3ª. F.Jº. 1.b.b.).

<sup>(117)</sup> Así, SS.55/1982, 26 Julio; 47/1986, 21 Abril; 25/1988, 23 Febrero; muy especialmente, Auto 812/1985, 20 Noviembre (F.Jº. 3º) y S.82/1988, 28 Abril (F.Jº. 3º).

<sup>(118)</sup> Entre otros ORTELLS. "Eficacia probatoria del acto de nuestra investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Revista General de Derecho, enero-febrero 1981, p. 500 y ss; el mismo, en Derecho Jurisdiccional (con MONTERO/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN), op.cit., p.333; SILVA MELERO, La prueba procesal, T.II: Parte Especial, Madrid, 1964, p.194. En puridad, debiera aquí citarse a cuantos autores admiten sin discusión la tesis mantenida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero de hacerlo la lista sería interminable.

<sup>(119)</sup> En el caso a que se refiere la S.T.C. 217/1989, 21 Diciembre, los condenados y el Ministerio Fiscal recurrieron en amparo por el hecho de que la sentencia condenatoria se hubiera basado en "la propia declaración del acusado. L.C.C., que si bien en el acto del juicio oral dijo no recordar nada, declaró claramente en la Comisaría de Policía y olvidándolo todo al día siguiente ante el Juzgado". Ciertamente es que en el acto del juicio compareció y declaró como testigo de referencia un Policía Municipal; sin embargo, tal declaración no resultó mencionada en la sentencia como fundamentadora de la condena. El Tribunal Constitucional resta importancia a este hecho, y por lo que se refiere a la cuestión que nos ocupa, estima que la declaración -antes transcrita- en la que el juzgador funda la condena "no significa que la condena se base en el interrogatorio policial, que no constituye por sí mismo actividad probatoria, sino, antes al contrario, que lo declarado en el juicio oral y en las diligencias policiales y sumariales practicadas con las debidas garantías y formalidades, sometidas a

La gravedad que encierra una situación de este tipo -por no hablar de la que se deriva de otras resoluciones que, aun recientes, parecen ancladas en tiempos pretéritos<sup>(120)</sup>- ha llevado a algunos a afirmar que se trata de "una jurisprudencia *contra legem*"<sup>(121)</sup> o que "las pautas establecidas por el T.C. no resultan pues, ni congruentes ni satisfactorias, y quedan más acá de las propias exigencias, no ya de la Constitución, sino de la propia L.E.Crim."<sup>(122)</sup>.

Sin duda, ante un panorama como el descrito, se corre el riesgo de que, en efecto, el art.57 bis b) contribuya a la tarea de debilitar el plenario y a animar a cuantos sujetos intervienen en la instrucción a concentrar sus esfuerzos en obtener la confesión del reo, pero ya digo que esos no son problemas que se deriven del art.57 bis b), el cual aisladamente considerado resulta en este punto un tímido precepto inofensivo.

---

contradicción en la vista oral permitió al Juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras" (F.º. 5º).

No menos interesante resulta la S.80/1991. 15 Abril. En esta sentencia se reitera la doctrina contenida en la resolución antes citada, y, consiguientemente, se estima que no resulta vulnerada la presunción de inocencia de dos sujetos cuya culpabilidad parece haberse fundado exclusivamente en la declaración prestada ante la policía y posteriormente retractada. No obstante, no queda clara la cuestión de si tales declaraciones fueron o no el único fundamento del fallo. En el Antecedente 5º se alude a las declaraciones de de unos testigos pero expresamente se dice que "se refieren a uno de los condenados que no ha interpuesto el recurso"; asimismo, el recurso se fundamenta en que esas otras pruebas no incriminan a los recurrentes, y en que, por tanto, su condena se basa exclusivamente en las declaraciones hechas ante la Policía. En cualquier caso, ello no parece preocupar al T.C., el cual ni siquiera analiza el carácter incriminatorio que pudieran tener esas otras pruebas; el T.C. pasa directamente a ver si "con independencia de esas dos pruebas el Tribunal pudo valorar una tercera sobre la que fundar su convicción de culpabilidad de los encausados, consistentes en las declaraciones de los mismos"(F.º. 1º), llegando a la conclusión que conocemos. Vid. asimismo un amplio repertorio de Sentencias del Tribunal Supremo, que acogen esta nueva orientación, en VEGAS TORRES, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal . Madrid, 1993. p.257 y 258.

<sup>(120)</sup> Así en la S.T.S. 3 Abril 1990 (R.A.3051) se afirma sin rubor -sacando de contexto y convirtiendo en desafortunada una conocida frase de la Exposición de Motivos de la L.E.Crim.- que la presunción de inocencia no debe estimarse infringida "a la vista de la probanzas practicadas a lo largo de la instrucción del sumario que es la piedra angular del juicio y de la sentencia (F.º. 1º).

<sup>(121)</sup> VEGAS TORRES, Presunción de inocencia ....op. cit., p.252.

<sup>(122)</sup> VIVES ANTÓN, La reforma..., op.cit., p.155.

### *II.4.3. Las declaraciones de los coparticipes. El derecho a la presunción de inocencia.*

#### *II.4.3.1.-Estado de la cuestión. Delimitación del objeto de estudio.*

1.- Sin ningún género de dudas, las mayores críticas que se han dirigido al art. 57 bis b) han centrado su atención en aquellas modalidades de conducta consistentes en coadyuvar "a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables (art. 57 bis b) 1.b) o - como se dice en el apartado segundo del precepto - en prestar una colaboración activa " de particular trascendencia para identificar a los delincuentes".

En este punto, el precepto ha recibido todo tipo de descalificativos, y no sólo desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino también ética. Desde esta última se ha dicho - coincidiendo con lo que era la opinión mayoritaria entre los clásicos<sup>(123)</sup> - desde que "la delación es una exigencia deshonrosa en todo lugar y en todo tiempo"<sup>(124)</sup>, hasta que hay en todo ello "un componente de inmoralidad que no desaparece por consideraciones pragmáticas más o menos coyunturales"<sup>(125)</sup>. Ni que decir tiene que en estas críticas late la idea - ya expuesta por BECCARIA<sup>(126)</sup> - de que la inmoralidad radica en que el Estado autorice y aliente la traición. Personalmente, me sucede a mí lo que a PACHECO<sup>(127)</sup>: que no me intereso en exceso por la lealtad que entre sí se guarden los criminales, pero aunque así no fuera, estimo que lo adecuado en el marco de este estudio es profundizar en las objeciones estrictamente jurídicas que suscita el precepto en cuestión, de modo que en ellas centraré en lo sucesivo mi atención.

Pues bien, desde una perspectiva estrictamente jurídica se ha alegado - y a estas alturas resulta ocioso citar nombres - que el hecho de que estén previstos beneficios

---

<sup>(123)</sup> Vid. supra Capítulo I. nota 62.

<sup>(124)</sup> Enmienda presentada por el Sr. BANDRES MOLET. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y diputación Permanente, III Legislatura, 17 Marzo 1988, p. 5958. En el mismo sentido, enmiendas nº 23 (RODRÍGUEZ SAHAGÚN) y nº 69 (PÉREZ ROYO) al art. 6 L.O. 9/1984, 26 Diciembre.

<sup>(125)</sup> DE LA OLIVA, en el voto particular formulado al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal, C.P.C., nº 48, 1992, p. 765. En el mismo sentido, Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Código penal, C.P.C., nº 47, 1992, p. 314; BOBILLO "Constitución y legislación antiterrorista", Revista de Estudios Políticos, Nov-Dic. 1985, p. 67; BUENO ARUS, "Principios generales de la legislación antiterrorista", R.F.D.U.C., monográfico 11, 1986, p. 143.

<sup>(126)</sup> De los delitos y de las penas (trad. J.A. De las Casas), Madrid, 1968, p. 99.

<sup>(127)</sup> El Código penal. Concordado y comentado, T.II, 2ª ed., Madrid, 1856, p. 87.

legales por la realización de las conductas que ya conocemos, estimula poderosamente el que tengan lugar falsas acusaciones. Que, en efecto, esto es así no creo que nadie lo ponga en duda; ahora bien, sería ingenuo creer que los verdaderos problemas los origina la simple existencia de la norma y no la rectitud con que se aplique, que es, a mi juicio, lo que, en su caso, debe someterse a rigurosa crítica.

Quiero decir con ello que la cuestión no radica tanto en el hecho de que tengan lugar revelaciones falsas - ese es un riesgo con el que hay que contrar en todo procedimiento, aunque en estos casos con mayor motivo - el auténtico problema está en que esas falsas imputaciones puedan prosperar, o incluso resultar auspiciadas, por el comportamiento de los distintos sujetos que intervienen en el proceso, y a costa de las garantías y derechos que formalmente se reconocen al imputado. No se trata, por consiguiente, de que una regla como la contenida en el art. 57 bis b) vulnere por sí misma el derecho a la presunción de inocencia o acabe con la contradicción, ni tampoco - pese a que así se haya afirmado - que su sola introducción suponga la quiebra del principio de "igualdad de armas"<sup>(128)</sup>. El problema es, sin duda, mucho más profundo, precisamente porque - como decía - no afecta a la regla en sí, sino al uso que se haga de la misma.

---

<sup>(128)</sup> La idea consiste en entender que la desigualdad la origina el hecho de que la acusación puede "premiar" a los testigos de cargo, y que, por el contrario, la defensa no tendría la misma posibilidad respecto a los testigos de descargo. Esta crítica la acoge en nuestro país GARCÍA RIVAS "Motivación..." op. cit., p. 110), y la sostuvieron también en Alemania algunos autores (MEYER, "Brauchen wir den Kronzeuge?", ZRP, 1976, Heft 2, p. 27; SCHMINCK-GUSTAVUS, El renacimiento del Leviatán, (trad. C. Rodríguez Aguilera), Barcelona, 1982, p. 57).

A mi juicio, sin embargo, dicha idea se sustenta en un entendimiento equivocado del principio de igualdad de las partes en el proceso. Este consiste, sencillamente, en la igualdad de oportunidades (*Chancengleichheit*) o - como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional - en que ambas partes dispongan "de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación" (S.T.C. 66/89, 17 Abril, F.Jº. 12; id. SSTC. 109/1985, 8 Octubre, F.Jº. 3º; 155/1988, 22 Julio, F.Jº. 3º). La introducción de una regla como la que nos ocupa no altera, sin embargo, la posición jurídica de las partes, ni limita siquiera los derechos de información e intervención del acusado, los cuales deberán ser escrupulosamente respetados desde el momento en que se dirija contra él una imputación de aquel tipo. Si lo que quiere decirse es que preceptos como el que nos ocupa pueden facilitar las tareas de investigación y, por esta causa, beneficiar a la acusación, dígase así; pero, naturalmente, tal cosa no integra el contenido del principio en cuestión. En el mismo sentido, JUNG, Straffreiheit für den Kronzeuge?, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, especialmente, p. 83 y 84.

Por otra parte, y aunque ello no altere sustancialmente las cosas, hay que tener presente que esta crítica tiene su origen en Norteamérica, donde - como vimos en su momento - el Ministerio Fiscal renuncia al ejercicio de la acción - que, no se olvide, le viene atribuido en exclusiva - frente al Testigo de la Corona, que resulta amparado por el *grant of immunity*. De allí la importaron los autores alemanes para aplicarla a una situación prácticamente idéntica, que no es, desde luego, asimilable a la española.