

Por de pronto, no hay que excluir que en España pudiera producirse lo que en Italia se denominó una "ipervalutazione della collaborazione"⁽¹²⁹⁾. Si desde la judicatura se alzaprime este tipo de colaboración hasta el punto de convertirla en el paradigma del "arrepentimiento" y, en suma, en la única conducta que le queda al sujeto para acreditar la realidad de su abandono, las falsas acusaciones están servidas. La cuestión, por tanto, no es sólo que la ley asigne a esa conducta los máximos beneficios, sino que, de hecho, pueda llegar a convertirse en la única vía que tenga abierta quien no desee ser tenido por "irreducible". Naturalmente, las cosas no tienen por qué seguir ese curso, bastaría con que- tanto el órgano jurisdiccional, como el Ministerio Público- no recurriesen, e incluso se opusiesen, a la utilización del art. 57 bis b) como instrumento de presión sobre el acusado. Que las cosas pueden suceder de este otro modo es algo de lo que nadie duda, pero es bueno advertir del riesgo que existe de que no sea así.

En cualquier caso, no es aquella la única tentación que el art. 57 bis b) dirige a los encargados de aplicarlo. Existen otras más obvias.

La primera sería la de otorgar automáticamente la condición de indicio racional de criminalidad a cualquiera de las declaraciones en cuestión desde el momento mismo en que se producen. De ocurrir así, la imputación judicial ya no podría ser vista como un juicio sobre la seriedad de la imputación y, por tanto, como una garantía de los ciudadanos frente a denuncias infundadas. Y lo mismo debe decirse por lo que a la adopción de medidas cautelares se refiere. Cabría esperar, desde luego que las cosas discurrieran por cauces correctos; sin embargo, conviene tener presentes dos datos: en primer lugar, que - como con acierto señalan TURNER y GALLANDI⁽¹³⁰⁾ - "cuanto mayor es el vacío de conocimiento del investigador, más importancia tiende áquel a darle a la información que se le suministra, aún cuando aquella sea imprecisa o superficial"; en segundo lugar, que nuestro ordenamiento concibe al instructor como juez de su propia investigación, lo cual, por razones obvias, conduce a complicar aun más las cosas.

Pero bien, pasemos a la segunda de las tentaciones anunciadas, que es, sin duda, la más evidente, pues consiste en otorgar a esas declaraciones valor de prueba, aunque no resulten apoyadas por otros elementos objetivos, o falte la contradicción, o, incluso, con independencia de que, en el momento del juicio, el sujeto se retracte de su anterior declaración. Cierto es que no hay razones - sólo hay motivos - para creer que nuestra jurisprudencia vaya a seguir los pasos de la italiana, que - como vimos⁽¹³¹⁾ - no sólo

⁽¹²⁹⁾ DOMINIONI, "Verso l'obbligo...", op. cit., p. 608.

⁽¹³⁰⁾ "Kronzeuge und strafprozessualer Wahrheitsbegriff". ZRP, 1988. Heft 4. p. 118.

⁽¹³¹⁾ Vid. *supra* Capítulo II, p. 192 y 193.

otorgó valor probatorio a dichas declaraciones, sino que, además, a partir de la aparición de este fenómeno, se inclinó por ser más flexible a la hora de fijar los requisitos que debía reunir la *chiamata di correo*. Quizá - como señaló FIANDACA⁽¹³²⁾ - porque, de algún modo, se sintió implicada en la "lucha" contra este tipo de criminalidad y trató, de aquel modo singular, de dar una respuesta judicial a la creciente demanda de defensa social.

Y si resulta que la Magistratura puede llegar a sentirse implicada de aquel modo, ¿qué no decir de la Policía?. Entiéndase bien, no se trata aquí de cuestionar el buen hacer de unas Fuerzas de Seguridad democráticas, ni siquiera de decir que el art. 57 bis b) potencie comportamientos irregulares en el peor sentido del término. Sin embargo, sí que es posible que, a su amparo, surjan comportamientos irregulares de otro tipo, que, aun sin vulnerar directamente derecho alguno, añadan nuevas complicaciones; en este sentido, no hay que olvidar- como decía cierto juez italiano con alguna experiencia en estas lides⁽¹³³⁾ - que no es difícil que prospere la tendencia consistente en poner al colaborador al corriente de las noticias dadas por otros, aunque sólo sea a los efectos de que las afirme o las niegue, y que, ante ello, el sujeto opte por confirmar cualesquiera declaraciones hechas por otros - máxime si quienes las han hecho ocupaban un rol importante en la organización - aunque sólo sea para eludir el riesgo de ser tenido por reticente o, lo que es peor, por "irreducible".

Pues bien, hasta aquí hemos visto lo que, a mi juicio, son los riesgos más evidentes y más graves que encierra la norma que se estudia. Naturalmente, un correcto entendimiento de la presunción de inocencia y una dinámica procesal dirigida a favorecer la contradicción y, en general, a proteger adecuadamente el derecho de defensa, constituyeron la mejor manera de eludir tales peligros.

Sin embargo, basta con volver los ojos hacia Italia para encontrar experiencias- aunque no tantas como se ha dicho- que demuestran que al amparo de reglas como la que nos ocupa, no es difícil olvidar lo que en el plano de los principios nadie discute. Precisamente por eso cuando, desde diferentes ámbitos, se alza la voz contra este tipo de normas, no sólo el legislador debe darse por aludido, sino también cuantos sujetos están llamados a utilizarlas. Están en juego todo un conjunto de garantías que el modelo

⁽¹³²⁾ "La 'chiamata di correo' fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo". Foro italiano. 1986 (II). p. 532.

⁽¹³³⁾ MARINI. "Un nodo cruciale e trascurato: la "gestione" del pentito". Questione Giustizia. 1986. p. 704 y ss.

procesal de corte liberal había venido reconociendo al imputado, garantías y derechos que - como bien dijo ILLUMINATI⁽¹³⁴⁾- tienen en la presunción de inocencia la motivación de fondo y el elemento que los unifica. Entendida en este sentido amplio, la presunción de inocencia obliga al legislador a algo más que a no dictar preceptos penales, sustantivos o procesales, que supongan una vulneración directa de tal principio; a mi juicio, cuando el legislador introduce reglas que, como ésta, conllevan riesgos tan evidentes, o agravan otros que ya existen, debe también asumir la responsabilidad de adoptar las medidas que aseguren que el proceso seguirá siendo un sistema de garantías. Pero nada de eso ha hecho el legislador español; ni siquiera- por recurrir a lo más simple- consignar expresamente la prohibición de que la condena pueda fundarse exclusivamente en declaraciones hechas al amparo del art. 57 bis b) y no corroboradas por otros elementos. Esta y otras medidas, que en su momento se propondrán, resultan, sin embargo, indispensables, o, al menos, oportunas. Entretanto, hay que encontrar la manera - y creo que el propio ordenamiento nos la suministra - de acomodar este peculiar método de búsqueda de la verdad a las exigencias que se derivan de entender el proceso como un sistema en el cual - como se ha dicho - "la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo"⁽¹³⁵⁾.

Antes de entrar de lleno en ello, conviene, no obstante, delimitar el objeto de estudio.

2.- No es mi propósito - pues sería pretencioso y desmedido - analizar el tratamiento que debe darse en general a la denominada, según la fórmula más utilizada, "declaración del coimputado". Para ser más exactos, ni siquiera creo que esa sea la denominación que, rigurosamente, puede darse a todas y cada una de las declaraciones hechas al amparo del art. 57 bis b); de ahí, que en la rúbrica que encabeza este epígrafe se

⁽¹³⁴⁾ La presunzione d'innocenza dell'imputado, Bologna, 1979, p. 5. Ciertamente, si la presunción de inocencia tiene también el sentido de ser "la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura" (S. T.C. 56/1982, 26 Julio. F.Jº- 3º), es obvio que se proyecta sobre cuantos derechos y garantías se reconocen al imputado, dotándolos - como dice VEGAS, parafraseando a CARRARA - de un "contenido que podría expresarse así: cuando la Constitución ordena que todos sean juzgados por el juez ordinario predeterminado por la ley, que a todos se les garanticen los derechos a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, no pronuncia sino estas palabras: *haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospechais es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración si no marcháis por el camino que os señalo*", Presunción.... op. cit., p. 38 y 39 (cursiva mia).

⁽¹³⁵⁾ VIVES ANTON, "Doctrina constitucional...", op. cit., p. 126.

haya utilizado la expresión "declaración del copartícipe", que podrá no ser de todo punto exacta pero que, al menos, no induce al error de creer que las únicas declaraciones que tienen cabida en el precepto en cuestión - y, consiguientemente las únicas problemáticas - son las que realizan quienes ostentan la condición de coimputado en sentido estricto.

Comenzaré por precisar qué es lo que suele entenderse por "declaración del coimputado", cuestión que de por sí no es sencilla, pues, por una parte, la escasa doctrina española que ha tratado el tema - siquiera de pasada - no ofrece definición de ningún tipo, y, por otra parte, la doctrina italiana - que sí ha profundizado en esta problemática - no acaba de ponerse de acuerdo sobre el contenido de lo que allí recibe la denominación de "*chiamata di correo*" o - en expresión más antigua, cuyo origen se atribuye a FRAMARINO DEI MALATESTA - "*testimonianza del correo*"⁽¹³⁶⁾.

Pues bien, de entre las diferentes definiciones, quizá la más extendida es la que se refiere a la "declaración del coimputado" como aquella en la cual un sujeto que ostenta la condición de imputado, acusa a otro sujeto de ser el responsable o de haber tomado parte en el delito por el cual se está procediendo contra él, o en otro delito a aquel conexo⁽¹³⁷⁾. No se exige, pues, que el sujeto confiese también su participación en los hechos; podrá ser que tal cosa suceda pero no es requisito imprescindible de la "*chiamata di correo*", para la que basta que quien la hace ostente la condición de imputado en el delito que él imputa a un tercero o en otro delito conexo a aquél al que se refiere la "*chiamata*".

Otros autores, por el contrario, distinguen entre "*chiamata di correo*" (o "*chiamata in correità*") y "*chiamata in reità*"⁽¹³⁸⁾, considerando que la primera exige en todo caso la confesión de la propia participación en los hechos, no siendo tal cosa necesaria en la "*chiamata in reità*", lo que lleva a algunos estimar que sólo ante esta

⁽¹³⁶⁾ En la única edición castellana de su obra - La logica delle prove in materia criminale. Torino. 1895 - la citada expresión aparece traducida como "testimonio del cómplice" (La lógica de las pruebas en materia criminal, T. II, Madrid, (sin que conste la fecha de edición, ni la identidad del traductor/a) p. 221.

⁽¹³⁷⁾ Esta es la definición que ofrece MELCHIONDA, (*La chiamata di correo*". Riv. ital. dir. proc. penale, 1967, p. 148) y la que implícitamente asumen la mayoría de los autores italianos; vid. v. g. DOMINIONI, "Le valutazione delle dichiarazioni dei pentiti", en La legislazione premiale, V.V.A.A. op. cit., p. 180 y 181.

⁽¹³⁸⁾ Así, v. g., VITARI, "La chiamata in correità tra teoria e prassi", Cassazione penale, 1988 (I), p. 564; vid. un amplio repertorio de autores que estiman necesaria la confesión en BARGIS, "In tema di interrogatorio 'libero' di un imputado di reati connessi", Riv. ital. dir. e proc. penale, 1979, p. 880 y ss. PISANI, por su parte, acoge aquella distinción pero se refiere a ella con la denominación de "chiamata di correo propria" e "impropria". La tutela penale delle prove formate nel processo. Milano. 1959, p. 123.

última hay que adoptar ciertas cautelas, y no así ante la que realiza un sujeto que previamente ha confesado y que, por tanto, - se dice - no tiene interés alguno en mentir.

Pues bien, todo este tipo de distinciones - y alguna otra más que pudiera hacerse tomando como base el que se haya ordenado o no la separación de procedimientos - no permiten llegar a una conclusión clara sobre el contenido de la expresión "declaración del coimputado", y lo que es más grave, pueden conducir a oscurecer lo que, a mi juicio, es lo único importante: clarificar cuáles son aquellas declaraciones que pueden plantear problemas desde el punto de vista de los derechos del sujeto contra quien se dirigen.

Para alcanzar ese objetivo, conviene comenzar por dejar claro cuáles, de entre los elementos diferenciadores que hemos visto, son irrelevantes para separar las declaraciones problemáticas de las que no lo son.

Pues bien, a mi juicio, no tiene demasiado interés la distinción que se basa en que el sujeto haya confesado o no su participación en los hechos. La conclusión a la que llega, entre otros, VITARI⁽¹³⁹⁾ de que quien ha confesado no tiene interés en protegerse, es una afirmación gratuita; lo es en general⁽¹⁴⁰⁾, y lo es con mayor motivo en el caso del art. 57 bis b), pues el beneficio no se condiciona a la aceptación de la previa responsabilidad. No tiene más sentido cualquier distinción que se base en el hecho de que el procedimiento seguido contra quien declara sea un procedimiento distinto a aquél en que se depone contra el tercero, bastaría entonces para tener por superados cuantos problemas plantean estas declaraciones con ordenar la separación de procesos, pero es obvio que tal cosa, lejos de resolver dichos problemas, los eludiría sirviéndose de una vía torticera.

Yendo aún más lejos, entiendo que - por lo que a nosotros interesa - ni siquiera cabe establecer distinción entre declaración de un coimputado en sentido estricto y la que realiza quien ya ha sido condenado. Ya en 1928, PALAZZO⁽¹⁴¹⁾ entendía que no cabía

⁽¹³⁹⁾ "La chiamata...", op. cit., p. 564.

⁽¹⁴⁰⁾ Hace ya unos cuantos lustros que MITTERMAIER señalaba que "cuando el acusado confiesa el crimen y añade que ha sido inducido a él y alentado por la seducción, su declaración debe inmediatamente dar origen a duda; los criminales se figuran con frecuencia que alcanzarán mejores éxitos haciendo creer que han cedido al imperio de la seducción". Tratado de la prueba en materia criminal, Madrid, 1929, p. 240, nota 6. Sin duda, incluso el confeso puede seguir teniendo interés; y no sólo en disminuir su culpa de aquel modo, o torciendo el rumbo de las investigaciones, sino también - lo que es más claro - en obtener por su conducta un trato más benévolo.

⁽¹⁴¹⁾ "Chiamata di correo e discolpa del compartecipe", Rivista penale, 1928, p. 144. De hecho, es indicativo el que en el Codice di procedura penale se establezca expresamente la prohibición de que puedan deponer como testigos aquellos coimputados que ya han sido condenados (art. 197.1.b), lo que implica que su declaración recibirá el mismo tratamiento que se otorga a la prestada por un

excluir del concepto de "*chiamata di correo*" la que realizaba uno de aquellos sujetos, y alegaba una serie de convincentes razones, de las que, tratándose del art. 57 bis b), incluso resulta posible prescindir. Así es desde el momento en que de las declaraciones realizadas por quien ya ha sido condenado es posible obtener el beneficio a que se refiere el art. 98 bis b).

Así, pues, no creo que, en nuestro caso, los problemas se deriven sólo de la condición procesal del declarante, que en muchos casos- y sobre todo cuando se producen una pluralidad de declaraciones entrelazadas - ni siquiera llega a estar del todo clara; tampoco creo que los problemas desaparezcan por el hecho de que, cuando el declarante no sea coimputado en sentido estricto, quede obligado a decir verdad y, consiguientemente, se le pueda hacer responder por el delito de falso testimonio, a diferencia de lo que sucede cuando quien declara es un coimputado en sentido estricto⁽¹⁴²⁾; tal cosa representa un doble motivo de cautela cuando la declaración es la de un coimputado, pero no altera el carácter problemático que de por sí tiene toda declaración premiada.

En definitiva, no parece conveniente que la atención se centre exclusivamente en aquellas declaraciones en las cuales la relación que existe entre los sujetos es de coimputados en sentido estricto. Sencillamente, porque, en nuestro caso, para que se trate de una declaración premiada - con los beneficios del art. 57 bis b) o con los referidos en el art. 98 bis b) - basta con que ambos sujetos - el que la realiza y aquél contra el cual se dirige - sean presuntos responsables de haber participado, en el concepto que sea, en las actividades criminales de los grupos a que se refiere el art. 57 bis b). La condición de responsable o de presunto responsable la tiene quien declara bien porque confiesa su participación en el tipo de delitos que nos ocupan, bien porque ya existía una previa imputación contra él o, incluso, porque ya hubiera sido juzgado y condenado en otra u otras ocasiones; en cuanto al otro sujeto, éste adquiere dicha condición - sino la tenía ya antes - a raíz de la declaración en que se le imputa haber tomado en parte en aquel tipo de delitos.

coimputado en sentido estricto. calificación que, pese a ser la que le da el Código italiano - no parece la más adecuada para referirse al condenado.

⁽¹⁴²⁾ De hecho, en los países anglosajones, las cautelas que se adoptan frente al Testigo de la Corona, van referidas a un sujeto respecto al cual se ha renunciado al ejercicio de la acción: ha obtenido la *immunity*, y - según la fórmula clásica - "turn's Crown's evidence". esto es, adquiere la condición de testigo y queda, por tanto, sujeto a responsabilidad por *perjury*. Vid supra Capítulo II, p. 126.

Desde el punto de vista de los sujetos, sólo a eso se condiciona la aplicación de los beneficios, de modo que hay que estimar problemáticas todas las declaraciones en que exista esa relación, que, en puridad, sólo desaparece en el caso de que el declarante haya sido absuelto o a su favor se haya dictado auto de sobreseimiento libre por todos y cada uno de los delitos en cuestión que le hubieren sido imputados. Por el contrario, persiste aunque quien declara acuse a otro de un delito concreto en el que él dice no haber participado, ni existe imputación contra él, y persiste también aun en el caso de que, cuando se realiza la declaración, el declarante ya hubiere sido condenado por el mismo delito en el que, a raíz de su declaración, resulta implicado un tercero.

Queda, pues, ya definitivamente clara la primera de las precisiones relativa a la delimitación del objeto de estudio, la cual - sintéticamente expresada - consiste en lo siguiente: no son sólo las declaraciones de los coimputados en sentido estricto las que plantean problemas, sino que problemáticas son todas aquellas que provengan de sujetos que son potenciales destinatarios de los beneficios contemplados en los arts. 57 bis b) o 98 bis b), sean o no coimputados en sentido estricto. De ahí que a todas ellas deban extenderse las cautelas a que habré de referirme.

Ahora bien, ello no quita el que toda la teoría elaborada en torno a las llamadas "declaraciones de los coimputados" vaya a ser el referente indiscutible de todo el discurso. Así será porque, de un lado, un buen número de aquellas declaraciones lo serán de coimputados en sentido estricto, y, de otro, porque las que no lo sean comparten con aquellas uno de sus rasgos más característicos: el del interés. Esta nota resulta, creo, innegable en el caso de las declaraciones del coimputado, y aquí con mayor motivo, pues - decía DOMINIONI⁽¹⁴³⁾ - las que ahora nos ocupan, son declaraciones interesadas, no ocasionalmente, sino por definición; porque es la ley la que convierte al declarante en destinatario de beneficios más ciertos o mejores que aquellos que quedan en las manos del Poder Ejecutivo o en el reducido marco de la normal discrecionalidad que se concede al juez en la determinación de la pena.

Sin embargo, el hecho de que la elaboración doctrinal y jurisprudencial en torno a las declaraciones de los coimputados deba y vaya a ser analizada no implica, en modo alguno, abordar y solucionar cuantos problemas plantea tan espinosa cuestión. La razón es obvia; eso solo requeriría un estudio específico dedicado al tema, un estudio, por otra parte, plagado de dificultades.

⁽¹⁴³⁾ "La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti". en La legislazione premiale. Milano. 1987. p. 181.

Así es, porque en nuestro país tal cuestión se encuentra huérfana de toda regulación, y los escasísimos autores que se han ocupado de ella lo han hecho de forma colateral y limitándose, además, a analizar el valor probatorio de esas declaraciones, sin abordar, por tanto, otros problemas que pueden originarse en fases procesales previas. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, se cuenta sólo con la que el Tribunal Supremo elaboró en torno al valor probatorio de esas declaraciones a partir de la sentencia 12 de Mayo de 1986 (R.A. 2446)⁽¹⁴⁴⁾, así como con algunas resoluciones aisladas del Tribunal Constitucional.

Ante tal situación, y teniendo presentes los límites de este trabajo, sólo se pretende abordar los puntos más problemáticos y, a lo sumo, proponer alguna solución para los más acuciantes. Esta era - obvio es decirlo - la segunda de las puntualizaciones que quería hacer a los efectos de delimitar desde un principio lo que será el objeto de estudio.

Cumplido ese objetivo, me propongo entrar a analizar directamente la problemática que rodea a las tan mencionadas declaraciones, en su doble aspecto a) como acto que atribuye la condición de imputado, y b) como medio de prueba.

II.4.3.2.- Principales problemas que plantean tales declaraciones.

II.4.3.2.A.- Como acto que atribuye la condición de imputado.

Puede afirmarse sin ningún lugar a dudas, que ésta ha sido una faceta de las declaraciones en estudio que ha resultado indebidamente desatendida. La atención se ha centrado en la cuestión reativa al valor probatorio de las mismas, sin caer en la cuenta de que toda una serie de derechos y garantías que tienen su auténtica razón de ser en la presunción de inocencia, corren el riesgo de resultar vulneradas aun en el caso de que formalmente no se consideren esas declaraciones como fundamento bastante para motivar en ellas una condena.

Pese a la aislada opinión de alguno⁽¹⁴⁵⁾, la presunción de inocencia debe interesarnos mucho antes de la decisión final, porque -tal y como reiteradamente se ha

⁽¹⁴⁴⁾ Esta es - según afirma el propio Tribunal Supremo (S. 7 Julio 1987. R.A. 5287) - la primera en que se aborda tal cuestión. a raíz de un recurso de casación basado en la supuesta vulneración de la presunción de inocencia.

⁽¹⁴⁵⁾ Así GUERRA SAN MARTÍN entiende que la presunción de inocencia nace simultáneamente con la acusación penal. por lo que "hasta ese momento en realidad no interesa una presunción de inocencia, pues donde juega es en la decisión jurisdiccional final" ("El derecho a la presunción de

dicho⁽¹⁴⁶⁾- ésta no sólo cumple la función de ser una regla de juicio, sino que juega también un importante papel como regla de tratamiento, la cual obliga durante todo el procedimiento a reducir al mínimo cualesquiera medidas que limiten los derechos del imputado o, sencillamente- cual sucede en la prisión provisional- le priven de los mismos.

Si esto es así -que lo es- resulta que, ante la acusación formulada por uno de aquellos sujetos, habrá de procederse de modo que los naturales pesares de todo imputado ni se anticipen ni se aumenten a causa de una precipitada valoración de la imputación realizada, en virtud de la cual se llegue a la adopción de medidas que, como la prisión provisional, provocan un mal especialmente grave e irreparable. Asimismo, si es que se quiere dotar de auténtico sentido a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, parece lo lógico que en estos casos se acentúe aun más el papel que a la imputación judicial le corresponde como garantía del ciudadano frente a denuncias infundadas, de modo que nunca se llegue a abrir un juicio oral sobre la base de simples sospechas, o sin que éste se haya visto precedido de la oportuna confrontación entre ambos sujetos y de una rigurosa valoración de los resultados de la misma.

Pues bien, a continuación paso a exponer lo que, a mi juicio, debiera ser el modo de proceder ante las declaraciones inculpatórias en cuestión.

Lo primero que cabría decir es que ante casos como los que nos ocupan, y, puesto que frente a ellos todas las precauciones son pocas, la intervención judicial debiera ser inmediata. Esto es, producida una imputación de este tipo ante una Autoridad -o Agente de ésta- distinta del Juez, lo procedente sería remitir sin dilación al individuo a su presencia, no debiendo, entretanto, practicarse detención alguna, pues la simple declaración no cumple, aisladamente considerada, ninguno de los presupuestos a que la L.E.Crim. supedita la práctica de la misma; de igual modo, la Autoridad gubernativa debiera abstenerse de ejercitar cualesquiera de las facultades extraordinarias que le concede la L.E.Crim. en relación con este tipo de delitos (v.g., art. 579.4 L.E.Crim.), pues una actuación de tal naturaleza, producida a consecuencia de la simple imputación de uno de aquellos sujetos, pudiera estimarse injustificada o abusiva y, por tanto, contraria a lo que la Constitución dispone (art. 55.2).

inocencia". junto a BENLLOCH y TORRES). La Ley, 1982. (4). p.1188.

⁽¹⁴⁶⁾ Vid.v.g., ILLUMINATI. La presunzione..., op.cit., p.31 y ss; VEGAS TORRES. Presunción..., op.cit., p.36 y ss; COBO/VIVES. Derecho penal..., op.cit., p.78 y 79; VÁZQUEZ SOTELO. Presunción..., op.cit., p.301 y ss.

Pues bien, conducido ante el Juez, -momento, por otra parte, en el que sería oportuno informar al sujeto de la responsabilidad penal en que podría incurrir de ser falsa su acusación- lo primero que aquél deberá decidir es si hay motivos para otorgar alguna credibilidad a aquella declaración, y, consiguientemente, para incoar el sumario o las diligencias previas, o si, por el contrario, es aquella imputación tan manifiestamente falsa que no ha lugar a iniciar procedimiento alguno.

Naturalmente, la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada realizada por uno de los sujetos en cuestión, no basta -como en general ha señalado el Tribunal Constitucional, en relación con la imputación realizada por cualquiera⁽¹⁴⁷⁾- para convertir automáticamente al tercero acusado en imputado, sino que es imprescindible una previa valoración del juez instructor que es "quien debe ponderar si la atribución (...) es "más o menos fundada" o, por el contrario, manifiestamente infundada, inverosímil o imposible en su contenido" (S.T.C.135/1989, 19 Julio, F.Jº. 3º), pues, de reunir las últimas características citadas, lo oportuno es no conceder crédito alguno a tal imputación, que no pasaría de ser el equivalente de cualquier otra denuncia no admitida a trámite.

Esta valoración, provisionalísima por el momento en que se produce -cuando no se ha llevado a cabo diligencia alguna- sería un primer filtro, el cual -a mi juicio- no debiera equipararse a aquel otro, más riguroso, que implica la plena asunción judicial de la imputación, fundada en la existencia de indicios racionales de criminalidad, y que deberá plasmarse en el auto de procesamiento -tratándose del procedimiento ordinario- o producirse -en el caso del procedimiento abreviado- antes del auto acordando que se siga adelante en la tramitación del procedimiento abreviado.

No obstante, pese a la importancia que debiera concederse a ese primer filtro, a nadie se le oculta la escasa diferencia que hay en la práctica entre la interposición de una denuncia y la admisión de la misma, hasta el punto de que, con más frecuencia de lo que un recto entendimiento de la Constitución aconseja, a lo uno sigue casi automáticamente lo otro, y a esto, naturalmente, la conversión de un ciudadano en imputado.

La adquisición de dicha condición jurídico-procesal supone, ciertamente, la adquisición de una serie de derechos (arts.118, 788.1 y 4 L.E.Crim.), pero crea también

⁽¹⁴⁷⁾ Como es sabido, es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que la condición de imputado con el alcance del art.118 L.E.Crim., no surge de la simple interposición de una denuncia o querrela, ni de la simple declaración que lleve a cabo quien dice ser testigo, sino de la valoración -siquiera provisional que realiza el juez instructor y que le lleva a admitir la denuncia o la querrela y en general a iniciar un procedimiento ante una "notitia criminis" más o menos fundada. Vid., especialmente, S.T.C.135/1989, 19 Julio, F.Jº. 3º.

uno de los condicionantes necesarios para adoptar una serie de medidas dirigidas a verificar de un modo más detenido la razonabilidad de aquella imputación a la que se dio trámite, razón por la cual no creo que se trate de un *status* envidiable, y, antes al contrario, estimo que, ya desde un principio, es función del órgano judicial evitar que alguien lo ostente sobre la base de una imputación que *ictu oculi* resulta infundada.

Eso es algo que, sin duda, puede afirmarse con carácter general, pero que adquiere un especial relieve cuando nos hallamos ante una de las declaraciones en cuestión. Así es por dos razones. La primera, porque estas imputaciones son intrínsecamente sospechosas. La segunda, porque nadie puede desconocer que, en estos casos, el reconocimiento de la condición de imputado a aquél a quien se atribuye el hecho punible en cuestión, será para su titular mucho más gravoso de lo que ya es de ordinario. Así es porque -si queremos ser realistas- lo más frecuente será que aquel reconocimiento vaya seguido del auto que decreta el secreto de las actuaciones, lo que -legítimamente, como se ha encargado de precisar el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁸⁾- permite restringir el derecho de defensa, que queda, en estos supuestos especiales y extraordinarios, supeditado a las necesidades de la investigación.

Así pues, lo procedente sería extremar las precauciones desde el principio, a través de lo que podríamos denominar un **primer control**, dirigido a constatar la **atendibilidad intrínseca de la declaración**, lo que, insisto, no es que sea un trámite específico para estos casos -pues debiera utilizarse ante cualquier imputación- pero que, dada la frecuencia con que se omite, conviene tener presente.

A mi juicio, nadie debiera adquirir la condición de imputado ante una declaración de aquella clase, a menos que ésta reuna una serie de requisitos; unos positivos, consistentes en ser una acusación verosímil, detallada coherente y constante, y otro negativo -cuya apreciación requiere, quizá, más sutileza- que radica en que aquella declaración no presente signos burdos, por evidentes, que hagan pensar que tiene su única causa eficiente en el premio.

Naturalmente, a nadie se le oculta que reiterar ante el juez lo dicho ante la Policía no es signo indeleble de verdad, ni se le oculta tampoco que -como ya decía ALTAVILLA⁽¹⁴⁹⁾- es suficiente un poco de fantasía para adornar con falsos detalles, una

⁽¹⁴⁸⁾ Vid. especialmente S.S.T.C. 44/1985, 22 Marzo (F.Jº. 3º) y 66/1989, 17 Abril (F.Jº. 4º).

⁽¹⁴⁹⁾ Psicología giudiziaria, Vol.II, 1955, p.527, cit por MELCHIONDA, "La chiamata...", op.cit., p.164, nota 44.

acusación, ni, en fin -como advertía un espectador privilegiado⁽¹⁵⁰⁾- que la coherencia interna de un discurso es de todo punto compatible con una declaración mendaz. Sin embargo, se trata sólo de un primer filtro, equivalente al que debe preceder la admisión de una denuncia. Y es conveniente resaltar que sólo esa es su función, por lo que resulta insensato pretender -como durante años hizo la jurisprudencia italiana⁽¹⁵¹⁾- que con esos requisitos quedase ya avalada la "*chiamata di correo*", y no sólo como acto idóneo para atribuir la condición de imputado, sino incluso para servir como prueba de la culpabilidad del acusado.

La falta de los mismos supone pues, el descrédito *ab initio* de la imputación; su presencia, no implica la veracidad de lo afirmado, por ser características que pueden predicarse tanto de una declaración verdadera como falsa, pero autoriza a concederles el margen de credibilidad necesario para iniciar diligencias dirigidas al esclarecimiento de unos hechos atribuidos directamente a una persona determinada, a la que, desde ese momento, hay que reconocer el carácter de imputado a los efectos del art. 118 L.E.Crim.

Ahora bien, el que aquél no adquiriera hasta ese momento la condición de imputado no debe entenderse en el sentido de que, previamente, pueda ser interrogado en calidad de testigo. No es esto lo que aquí se propone y conviene que quede claro. Lo que aquí se defiende es que la simple inculpación de un colaborador no provoque automáticamente -como alguna vez ocurrió en Italia- la iniciación de un procedimiento, por inverosímil o infundada que parezca. Pero para decidir sobre si esa declaración es o no manifiestamente falsa o si está exclusivamente provocada por el deseo de obtener el premio, no es necesario interrogar a nadie; se trata de un control interno, como el que debe preceder a la admisión de toda denuncia. De ahí que si, so pretexto de llevar a cabo ese control, se interrogase en calidad de testigo al sujeto a quien *directamente* se atribuye el hecho, habría de estimarse vulnerado el derecho de defensa, pues habría razones para pensar que, con aquel pretexto, se retrasó deliberadamente el otorgamiento de la condición de imputado y se permitió que tal sujeto declarara en una situación desventajosa. Hecha esta matización- que, aunque obvia, parecía conveniente hacer- retomo el discurso donde lo deje: en el momento en que, por ser más o menos fundada la imputación, puede considerarse a ese sujeto como imputado, y, además, resulta legítimo y oportuno realizar una serie de actos o disponer una serie de medidas dirigidas a comprobar la veracidad de la imputación.

⁽¹⁵⁰⁾ FASSONE. "La valutazione delle dichiarazioni del coimputato". Cassazione Penale, 1986. II, p.1899.

⁽¹⁵¹⁾ Era la "*chiamata di correo*" que se denominó "*nuda*" y sobre la cual se basaron un número no despreciable de condenas. Vid. *supra* Capítulo II, p.191.

Ciertamente, el sujeto tiene -en cuanto imputado- el derecho a conocer dichas actuaciones y a intervenir en el procedimiento (art.118 y 788 L.E.Crim.). Sin embargo -como ya apunté- lo habitual será que se decrete el secreto de las mismas con la finalidad de asegurar el éxito de las investigaciones, garantizar la integridad del colaborador, así como evitar que éste pueda ser el objeto de amenazas o presiones que echarían por tierra la utilidad que pueda tener servirse de este medio de investigación.

Pues bien, nada hay que oponer a la adopción de esta medida si ello resulta indispensable. Sin embargo, parece conveniente fijar ya un *primer límite* a la actuación judicial, pues la decisión implica una restricción del derecho de defensa acordado a partir de una declaración intrínsecamente sospechosas, por lo que, estimo, que el *secreto* no debe prorrogarse más allá de los estrictos límites temporales que fija el art.302.2 L.E.Crim., a menos que durante el periodo de un mes que allí se establece hubiera sido posible corroborar algunos extremos de la declaración. De no ser así, no encuentro razón -y ésta debe existir⁽¹⁵²⁾- para fundar en ella un auto acordando la prórroga.

Veámos, a continuación, cuáles son los **límites** a que queda sujeta la actuación del órgano jurisdiccional en relación con la **adopción de medidas restrictivas de derechos** tendentes a corroborar las declaraciones.

Ciertamente, el único modo de constatar la veracidad de la imputación consiste en la práctica o adopción de medidas o diligencias tendentes a ese fin. Ahora bien, entre estas, las hay que no suponen la limitación de derechos fundamentales, y las hay también que son restrictivas de los mismos, como v.g., la diligencia de entrada o registro o la intervención de las comunicaciones.

Nadie duda -y el Tribunal Constitucional se ha encargado de recordarlo⁽¹⁵³⁾- que los derechos que pueden verse afectados por la adopción de las últimas medidas citadas (art.18.2 y 3 C.E.), son derechos "relativos y limitados en cuanto que la propia Constitución autoriza su restricción". Sin embargo, también parece obvio que las restricciones que la Constitución autoriza están basadas en un juicio de razonabilidad y *proporcionalidad*, que es lo que permite mantener el necesario equilibrio que -como dice el propio Tribunal Constitucional⁽¹⁵⁴⁾- debe existir entre el derecho y su limitación. En unos casos, ese juicio lo realiza directamente la Constitución; en los restantes, lo difiere

⁽¹⁵²⁾ S.T.C.176/1988, 4 Octubre.

⁽¹⁵³⁾ S.S.T.C.199/1987, 16 Diciembre (F.Jº. 9 y 10); 1601991, 18 Julio (F.Jº. 8); 341/1993, 18 Noviembre (F.Jº. 8).

⁽¹⁵⁴⁾ S.T.C.341/1993, 18 Noviembre (F.Jº. 5º).

el Juez. En este último supuesto, es claro, pues, que "la garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca"⁽¹⁵⁵⁾.

En relación con lo dicho resulta de sumo interés la S.T.S. 18 Junio de 1992 (R.A.6102) recaída en un conocido caso, en el cual el Tribunal Supremo declaró ilícita la prueba obtenida a partir de una intervención de las comunicaciones telefónicas.

Decía entonces el Tribunal Supremo, que -pese a la indeterminación y amplitud del art.579 L.E.Crim.- "lo que no ofrece duda es que resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas, es decir, aunque la ley no lo diga expresamente, ha de exigirse *racionalidad* de la noticia, probabilidad de su existencia, etc." (F.Jº. 2º, cursiva mía). Y añadía, "los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra "indicio" del art.579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de *recta razón*, permiten descubrir o atisbar (...) sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, *razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia*, la responsabilidad de la persona (...)" (F.Jº. 2º, cursiva mía). Asimismo, puntualizaba -y es fácil trasladar ese razonamiento al caso que nos ocupa- que "no es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial, si no va *acompañada* de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad" (F.Jº. 2º, cursiva mía).

Pues bien, si eso es algo que se reconoce con carácter general, mayor hincapié hay que hacer en ello cuando nos enfrentamos ante una de aquellas declaraciones, pues, en tales casos, la ponderación de los motivos que lleven a decretar una de las citadas medidas debe ser doblemente rigurosa.

Así, pues, creo que debiera estimarse irrazonable la adopción de estas medidas desde el momento mismo de la apertura del procedimiento, sin haber procedido previamente a corroborar cualesquiera datos de la declaración susceptibles de ser verificados sin limitar derecho alguno. Y, ya digo, que cualesquiera datos, esto es, no necesariamente aquellos que ligan directamente al acusado con el hecho delictivo -para cuya comprobación pudieran ser necesarias estas medidas- sino otros que puedan conducir al juez a decidir sobre la veracidad de la declaración, y, consiguientemente, a decretar estas medidas a partir de algo más que una simple sospecha. A mi juicio, pues,

⁽¹⁵⁵⁾ S.T.C.160/1991, 18 Julio (F.Jº. 8).

no debieran decretarse si previamente no ha sido posible verificar alguno de los datos susceptibles de verificación que la declaración contuviese.

Por razones similares a las que hasta aquí se vienen barajando, creo que -tratándose de la intervención de las comunicaciones- debe interpretarse de forma restrictiva el art.579.3 L.E.Crim., en el cual se fija -de un modo lamentable- la duración de la medida. Como es sabido, la L.E.Crim. permite, en principio, que las comunicaciones se mantengan intervenidas hasta un plazo de tres meses, pero autorizando sucesivas prórrogas por igual tiempo y sin fijar un número máximo de éstas. Pues bien, eso que de por sí es una intromisión inadmisibles en la espera de un derecho fundamental -por la falta de un límite temporal- debe, como decía, ser objeto de una interpretación muy restrictiva. Concretamente, entiendo que no debiera sobrepasar el plazo de tres meses -que, por sí mismo, ya supone una quiebra del plazo que para el secreto se establece en el art.302.2 L.E.Crim.⁽¹⁵⁶⁾- cuando en ese periodo de tiempo no se hayan obtenido otros datos que confirmen, de algún modo, los de la acusación formulada. La prórroga, decretada pese a la absoluta esterilidad de la medida, debiera estimarse inconstitucional por desproporcionada⁽¹⁵⁷⁾.

Nos queda por ver una cuestión del máximo interés: los **límites** relativos a la adopción de **medidas cautelares que impliquen privación de libertad**.

Como aclaración, debo decir que me limito sólo a aquellas que suponen una privación de libertad, porque estimo que sólo en relación con ellas podría nacer la tentación de utilizarlas para evitar que el imputado pudiera perturbar el avance de las investigaciones, aniquilar futuras pruebas o, incluso, para evitar que el colaborador pudiera ser objeto de amenazas o agresiones, finalidades todas ellas muy legítimas, pero que en el Derecho español no justifican la adopción de esas medidas⁽¹⁵⁸⁾. Estas -como es sabido- tienen por objeto asegurar la presencia en el juicio oral del individuo contra el cual se decretan por concurrir en el mismo los dos presupuestos que legitiman su adopción: la existencia de razones para creer que es responsable del delito en cuestión ("*fumus boni iuris*") y que tratará de evadirse de la justicia ("*periculum in mora*")⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Vid. MORENO CATENA. Derecho Procesal (junto a GIMENO/ALMAGRO/CORTÉS), op.cit., p.339.

⁽¹⁵⁷⁾ Vid. S.T.S.18 Junio 1992 (R.A.6102; F.Jº1º y 4º)

⁽¹⁵⁸⁾ Tales objetivos podrán, no obstante, quedar cumplidos si, por concurrir los presupuestos de las medidas cautelares, éstas se adoptasen y, además, fuera posible acordar la incomunicación del sujeto en la forma y con los límites que la ley señala.

⁽¹⁵⁹⁾ Sobre la relación entre las medidas cautelares y la presunción de inocencia, vid. entre otros: