

peligro el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo⁽²⁰⁹⁾. La novedad consiste, pues, en establecer expresamente el valor que debe otorgarse a tal declaración. Dice el art. 192.3 que:

"Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità".

El legislador se ha situado, por tanto, en una línea intermedia entre quienes estimaban que la "*chiamata di correo*" era una simple "*notitia criminis*" y aquella otra orientación - ante todo jurisprudencial - que estimaba suficiente esa declaración para fundar una condena, bastando para ello con que, por ser coherente, detallada, constante, etc., pudiera decirse que gozaba de "*attendibilità intrinseca*". Actualmente, sin embargo, la declaración de un coimputado "debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad".

Sin duda, no es que se trate de una fórmula carente de ambigüedad⁽²¹⁰⁾, pero, al menos deja claro que, entre la *chiamata di correo* "*nuda*" y la "*vestita*", se ha optado por esta última, de modo que ya no basta - aunque sea, naturalmente, necesario, - con la "*attendibilità intrinseca*", sino que se requiere también la "*attendibilità estrinseca*" de la declaración. Tal posición la justifica el legislador en el hecho - que merece ser resaltado - de que tales declaraciones sean "elementos a los de *desde el punto de vista de la lógica* no se les reconoce la misma eficacia persuasiva que a la prueba"⁽²¹¹⁾.

Pues bien, el hecho de que en otros ordenamientos sea ese el régimen al que se sujeta la declaración de un coimputado, debe movernos a reflexionar sobre el por qué de tal cosa, el cual - a mi modo de ver - se encuentra en un correcto entendimiento de la presunción de inocencia y, consiguientemente, de las exigencias que de ella se derivan. Paso, pues, a ocuparme de lo que, sin duda, es la principal cuestión.

⁽²⁰⁹⁾ Eso es algo obvio que también se reconoce en los países anglosajones, y de ahí que para romper la regla según la cual "the accused is not a competent witness for the prosecution" el sujeto deba renunciar - a cambio, naturalmente, de algo - al "privilege against self incrimination".

⁽²¹⁰⁾ De hecho, los escasos trabajos que en el momento existen sobre la cuestión, se discute sobre lo que seba entenderse por esos "otros elementos de prueba". Sobre tal cuestión volveré más adelante. Vid. VIVIANI, *La chiamata...*, op. cit., p. 332, 336 y 337; BOSCHI, "La chiamata...", op. cit., p. 530; GREVI, "Le dichiarazioni...", op. cit., p. 1178 y ss.

⁽²¹¹⁾ Relación al Proyecto Preliminar del Código, vid. VIVIANI, *La chiamata...*, op. cit., p. 331.

3.- En esta tercera parte me propongo defender la idea que, en realidad, está presente - aunque no sea explícita - tanto en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor probatorio de las declaraciones en cuestión, como en la solución que al respecto adoptan los ordenamientos a los que, a modo de ejemplo, se ha hecho referencia.

Esa idea es la siguiente: las declaraciones que nos ocupan no son aptas por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia porque no cumplen con el requisito de ser actividad probatoria de cargo de la que se pueda deducir *racionalmente* la culpabilidad del acusado. A tal requisito se le atribuirá aquí un contenido más profundo del que habitualmente se le otorga a la conocida fórmula "mínima actividad probatoria de cargo", pues, según entiendo - y así lo expondré - la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada por cualquier prueba incriminatoria, sino sólo por aquella de la que, con arreglo a las reglas de la experiencia, la razón y la lógica, puede decirse que tiene un sentido razonable de cargo. Y, ya avanzo que, a mi juicio, no es razonable otorgar ese carácter a la declaración incriminatoria hecha por uno de aquellos sujetos.

Plantear la cuestión de ese modo tiene como objetivo evitar, desde un principio, que se conciba el problema en cuestión como un problema que pertenece al ámbito de la libre valoración de la prueba. Esto fue, precisamente, lo que hizo la jurisprudencia italiana: utilizar el principio de libre valoración de la prueba como "maniobra de cobertura"⁽²¹²⁾ para otorgar valor probatorio a las declaraciones de los llamados "*pentiti*". Sin embargo, entiendo que el problema debe solventarse en una fase previa, anterior al momento en que Juez procede a valorar libremente la prueba, por lo que la solución que se adopte para nada afectará al principio que consagra el art. 741 L.E.Crim.

Asimismo, creo que aquél es el único planteamiento coherente de la cuestión, pues lo que no tendría ningún sentido es afirmar que esas declaraciones incriminatorias cumplen con la exigencia de ser *minima actividad probatoria de cargo*, y concluir diciendo que estimarlas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia vulnera ese derecho constitucional. La cuestión no puede ser más obvia: o llenan las exigencias que se derivan de la presunción de inocencia, y entonces no la vulneran, o no las llenan, y de ahí que no sean actividad probatoria apta para desvirtuarla.

Pues bien, como decía, la clave para solucionar el problema nos la ofrece la propia doctrina del Tribunal Supremo, el cual, no obstante, no la lleva a sus últimas

⁽²¹²⁾ La expresión es de FIANDACA. "La chiamata..." op. cit., p. 532; sin embargo, ya en 1928, PALAZZO advertía que no cabía ampararse en el principio de libre valoración de la prueba para otorgar valor probatorio a tales declaraciones ("Chiamata..." op. cit., p. 142).

consecuencias, debido - según creo - a un peculiar entendimiento del principio de libre valoración de la prueba en el que, todavía, es posible advertir el lastre de viejas concepciones: aquellas que veían en tal principio una especie de dogma inatacable que, en realidad, para operar no necesitaba de la existencia de auténticas pruebas de cargo porque era, en sí mismo, un medio de prueba.

Aquí, por el contrario, sí que se llevará a sus últimas consecuencias la idea que late en esa doctrina. Previamente, no obstante, es preciso hacer explícita esa idea. Para ello conviene detenerse a reflexionar en el procedimiento que sigue el Tribunal Supremo.

Como ya sabemos, lo que el Tribunal hace es constatar si existen o no una serie de factores que son los que, a su juicio, impiden conceder credibilidad a la declaración del coimputado y, consiguientemente, privan a la misma de valor probatorio, de modo que, cuando concurre uno de aquellos factores, estima el recurso por vulneración de la presunción de inocencia.

Pues bien, cuando el Tribunal Supremo entra a analizar si en ese caso concreto está presente alguno de los factores que ya conocemos, lo que hace - según sus propias palabras - es analizar si existe o no "una verdadera prueba que razonablemente quepa entender como de cargo"⁽²¹³⁾, en definitiva, constatar si el Juez de instancia ha fundado su convencimiento en "un medio racional de prueba"⁽²¹⁴⁾, o si, por la presencia de uno de aquellos motivos, no ha sido así, en cuyo caso, lo procedente es la absolución del condenado.

El Tribunal Supremo procede, por tanto, igual que en otras ocasiones⁽²¹⁵⁾ a controlar la racionalidad del juicio y - aunque, como diré, es un control que se queda a

⁽²¹³⁾ S.T.S. 29 Marzo 1988 (R.A. 2122. F.Jº. 2ª). En otras se habla de "prueba razonablemente calificable/calificada de cargo": así, v.g., S.S. 31 Marzo 1992 (R.A. 2542. F.Jº. 2º); 4 Mayo 1992 (R.A. 3692. F.Jº. 2º).

⁽²¹⁴⁾ Auto T.S. 22 Julio 1991 (R.A. 6008. F.Jº único).

⁽²¹⁵⁾ Así, ante la prueba indiciaria, no sólo el Tribunal Supremo, sino también el Tribunal Constitucional, analizan si el proceso que liga el indicio con el hecho que se declara probado es o no un proceso racional, de modo que cuando la regla aplicada para inferir del indicio el hecho que no está directamente probado es una regla arbitraria o ilógica, no ven obstáculo en estimar que falta en tales casos una actividad probatoria que racionalmente pueda estimarse de cargo, lo que les conduce a declarar vulnerada la presunción de inocencia. Así, pues, también en estos casos, estima el T.S. que no se trata de limitar la libre valoración de la prueba, sino de comprobar "si el proceso deductivo fue racional y acorde con las reglas del sano criterio o arbitrario, caprichoso y subjetivo, puesto que este es el límite de la admisibilidad como prueba" (S.T.S. 21 Abril 1987, cit. por ASENSIO MELLADO, *Prueba...*, op. cit., p. 63, nota 240; cfr. la opinión de este autor, p. 63 y 64). Vid. MARTINEZ ARRIETA, "La prueba indiciaria", *La prueba en el proceso penal*, V.V.A.A., Madrid, 1993, p. 53 y ss.

mitad de camino- llega a la conclusión de que dicha racionalidad forma parte del contenido esencial de la presunción de inocencia, por eso no tiene reparo alguno en anular las sentencias fundadas en una de aquellas declaraciones cuando por la especie de "tacha" que las acompaña no pueden estimarse prueba de cargo con arreglo a la razón y a la lógica.

El Tribunal Supremo- como ya vimos- llega asimismo a la conclusión de que con ese modo de proceder no usurpa las facultades que el art. 741 L.E.Crim. otorga en exclusiva al Juez de instancia, y así lo dice en reiteradas ocasiones con el fin de evitar que se entienda que está limitando el principio de la libre valoración.

Pues bien, ante este modo de proceder las dos únicas opciones que hay son las siguientes:

a) Entender que con ello el Tribunal quebranta el principio de libre valoración de la prueba, y que, por tanto, se contradice cuando el mismo afirma que no es así, de modo que cuando estima el recurso está olvidando que "la valoración judicial de la prueba no está amparada por el derecho constitucional a la presunción de inocencia"⁽²¹⁶⁾.

b) La segunda opción consiste en entender que, en efecto, el Tribunal no entra a valorar la prueba. Que se limita a llevar a cabo un control objetivo destinado a averiguar si realmente existe prueba que racionalmente pueda estimarse de cargo. La cual - por exigirlo así la presunción de inocencia - es la única sobre la que puede fundarse la convicción judicial, fase, esta última, que sí corresponde en exclusiva al Juez de instancia. No se trataría por tanto de decirle al juez cuál es el modo correcto de valorar el resultado de esa prueba, sino de decirle que no puede siquiera entrar a valorar lo que racionalmente no puede tener ese carácter; ahora bien, si lo tiene, tan libre es el Juez de fundar en ella una condena o absolver, pese a ella, al acusado.

Casi resulta innecesario decir que la opción por la que personalmente me decanto es esta segunda; y lo hago por estimar que representa el modo correcto de entender la posición del Tribunal Supremo, la cual - sin perjuicio de lo que luego se dirá - tiene el

También en relación con la prueba de testigos hay sentencias del Tribunal Supremo que admiten la posibilidad de revisar en casación "lo que concierne a su estructura racional": vid. VEGAS TORRES, Presunción..., op. cit., p. 169.

⁽²¹⁶⁾ S.T.C. 20/1993. 18 Enero (F.º 3º). En el mismo sentido, entre otras muchas, 55/1982. 26 Julio; 124/1983. 21 Diciembre; 114/1984. 29 Noviembre; 182/1989. 3 Noviembre; 161/1990. 19 Octubre; 229/1991. 28 Noviembre; 104/1992. 1 Julio. El Tribunal Supremo, por su parte, se pronuncia casi a diario - como se lee en alguna sentencia (16 Diciembre 1986. R.A. 7933) - sobre tal cuestión: vid., entre otras, 19 Abril 1985 (R.A. 2109); 14 Octubre 1987 (R.A. 7361); 14 Septiembre 1989 (R.A. 6643); 11 Julio 1990 (R.A. 6629); 12 Diciembre 1990 (R.A. 9471).

mérito de avanzar un paso más en el justo entendimiento del principio de libre valoración de la prueba, pues contribuye a sacar de ahí todo lo que en puridad no pertenece a ese principio. Y no pertenece al ámbito de la libre valoración de la prueba el control objetivo y racional de la llamada prueba de cargo.

A mi juicio, resulta muy clarificadora una distinción que BELLOCH⁽²¹⁷⁾ hace dentro del proceso de análisis de las diligencias practicadas. Concretamente, distingue: 1º) "una primera de carácter objetivo que podría calificarse de 'constatación de la existencia o inexistencia de verdaderas pruebas', fase en la que, a su vez, habría que diferenciar dos operaciones distintas: a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas, y b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminadores o de cargo; 2ª) y una segunda fase de carácter predominantemente subjetivo, para la que habría que reservar strictu sensu la denominación usual de 'valoración del resultado o contenido integral de la prueba'".

Está claro que, antes de la Constitución, o mejor, antes de que la S.T.C. 31/1981 surtiera sus efectos, libre valoración de la prueba eran ambas fases porque lo único que finalmente decidía era la íntima y subjetiva convicción del Tribunal. A partir de aquel momento, sin embargo, se "reinterpretó constitucionalmente"⁽²¹⁸⁾ el principio de libre valoración de la prueba. No por ello - pese a la opinión de algunos - resultó vulnerado tal principio; éste conservó y conserva plenamente su vigencia, pero sus límites se redujeron; se llegó a la conclusión de que la libre valoración de la prueba sólo operaba en un segundo momento, esto es, cuando ya puede afirmarse la existencia de la llamada "mínima actividad probatoria de cargo rodeada de todas las garantías".

Tal cosa supuso, sin duda, un gran avance, pero, a mi juicio, es necesario profundizar más en esa línea para dotar de contenido a la presunción de inocencia. Así es, porque debido al limitado alcance que es usual atribuirle a la fórmula mencionada, lo único que se consigue con ella - como muy bien dice VAZQUEZ SOTELO⁽²¹⁹⁾ - es obligar a los Tribunales a juzgar formalmente mejor, pero no se garantiza lo que este autor llama "el contenido material de la presunción de inocencia"⁽²²⁰⁾.

⁽²¹⁷⁾ "El derecho...", con GUERRA SAN MARTIN y TORRES y LOPEZ DE LA CALLE. op. cit., p. 1202.

⁽²¹⁸⁾ BELLOCH JULBE, op. cit., en nota anterior, p. 1194.

⁽²¹⁹⁾ Presunción... op. cit., p. 411.

⁽²²⁰⁾ *Ibidem.*

Lo demuestra el caso que nos ocupa. Si entendemos que queda fuera del concepto "mínima actividad probatoria de cargo" lo que alguno ha denominado "la infraestructura racional de la formación de la convicción"⁽²²¹⁾, resulta que la declaración inculpativa que uno de aquellos sujetos hace en el juicio oral cumple con aquellas exigencias, pues, en efecto hay "mínima actividad probatoria" y ésta es "de cargo". Sin embargo, ni a la doctrina, ni tampoco al Tribunal Supremo le parece eso bastante; a la doctrina no se lo parece en ningún caso; al Tribunal Supremo, sólo después de constatar que no concurre alguno de aquellos factores que ya conocemos. En ambos casos, ello quiere decir que no se contentan con aquello de la "mínima actividad probatoria de cargo", sino que entienden necesario que de ella se pueda deducir racionalmente la culpabilidad del acusado, o - como dice el Tribunal Supremo Federal Norteamericano - que la culpabilidad del sujeto resulte probada "más allá de toda duda razonable", cosa que, en nuestro caso, no sucede.

Entiendo, pues, que la presunción de inocencia exige que esa "mínima actividad probatoria de cargo rodeada de todas las garantías" tenga un sentido razonable de cargo, esto es, que demuestre más allá de toda duda *objetiva* la culpabilidad del acusado. A partir de ahí, comenzaría lo que es la libre valoración de la prueba en sentido estricto, aquella segunda fase eminentemente subjetiva a la que aludía BELLOCH, y cuyo objeto sería decidir entre alternativas perfectamente razonables. Es decir, la libre valoración implica el que el Tribunal pueda otorgar mayor credibilidad a la prueba testifical de cargo que a la pericial de descargo, que pueda conceder credibilidad a la opinión aislada de un único testigo, frente a la contraria mantenida por varios, etc. En tales casos, puesto que tan razonable es una opción como otra, el tribunal superior no podría entrar a revisar si el resultado probatorio es o no erróneo, lo único susceptible de ser fiscalizado es - como dice ASENCIO MELLADO⁽²²²⁾ - una actividad previa: la existencia o inexistencia de elementos *propicios* a la convicción.

Una orientación que está en la misma línea de lo que aquí se defiende es - según lo entiendo - la que mantienen - además de VAZQUEZ SOTELO⁽²²³⁾ - CÓRDOBA

(221) BACIAGALUPO, "Presunción de inocencia. 'in dubio pro reo' y recurso de casación". A.D.P.C.P., 1988, p. 374.

(222) Prueba prohibida.... op. cit., p. 59.

(223) Presunción...., op. cit., especialmente p. 409 y ss.

RODA⁽²²⁴⁾, de un lado y BACIGALUPO⁽²²⁵⁾ y MARTINEZ ARRIETA⁽²²⁶⁾, de otro. No obstante, los tres últimos autores citados llegan a conclusiones que aquí no se comparten.

CÓRDOBA - con buen criterio - entiende que la presunción de inocencia puede resultar vulnerada cuando el Tribunal haya fundado su convicción contraviniendo las reglas de la razón, pero no obstante, llega a la desoladora conclusión de que tal decisión no puede ser objeto de revisión porque con ello se estaría entrando a conocer de los hechos. En realidad, tal cosa es tanto como decir que la presunción de inocencia exige la racionalidad de la prueba, pero que esa parte del derecho carece de protección. A mi juicio, tan paradójica conclusión tiene su razón de ser en un entendimiento equivocado del principio de libre valoración, pues se incluye dentro de su ámbito tanto la *parte objetivable* de dicha operación - que, en puridad, no se integra ahí - como la *parte interna y subjetiva*, que es su único contenido. Por el contrario, si se saca de ahí esa parte objetiva - formada por elementos externos a través de las cuales es posible llegar a una conclusión racional - puede eludirse la conclusión a que CÓRDOBA llega. Aquella insatisfactoria solución sólo es obligada, a mi modo de ver, si se toma como presupuesto un concepto muy amplio de libre valoración, que es el que el autor citado adopta; lo demuestra el hecho de que CÓRDOBA considere que tanto la S.T.C. 31/1981, como la también célebre S.T.S. de 1 de Junio de 1982 vulneraron los requisitos establecidos para el recurso de amparo y el de casación, respectivamente, por entrar, indebidamente a conocer de los hechos⁽²²⁷⁾.

Por lo que se refiere a los dos otros autores citados - BACIGALUPO y MARTINEZ ARRIETA - ambos sostienen también la necesidad de que la prueba tenga un sentido razonable de cargo, pero ambos relacionan tal cuestión con el principio "in

(224) "El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba". Revista Jurídica de Cataluña, 1982, p. 21 y ss.

(225) "Presunción de inocencia...", op. cit.

(226) "La prueba indiciaria...", op. cit.

(227) "El derecho...", op. cit., p. 27 y ss. Esa fue también- como es sabido - la tesis que mantuvo ESCUDERO DEL CORRAL en el voto particular que formuló a la S.T.C. 31/1981. En el mismo sentido se expresaron, entre otros ALBACAR, "El principio de libre apreciación de la prueba en la doctrina del Tribunal Constitucional", La Ley, 1981 (4), p. 1086 y ss y RUIZ PÉREZ, "Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional", Poder Judicial, nº 8, 1983, p. 47 y ss. Personalmente, entiendo - como muchos otros - que esa posición no es correcta; que lo que hicieron las mencionadas sentencias fue, más bien, alterar la concepción jurisprudencial que hasta el momento existía sobre la libre valoración de la prueba, lo cual es cosa bien distinta a decir que entraron a valorar la prueba y que, por tanto, aquel principio resultó afectado.

dubio pro reo"⁽²²⁸⁾, conclusión con la que estoy en desacuerdo.

Cuando aquí se alude a la racionalidad de la prueba, se está aludiendo al hecho de que ésta permita- a quien sería un juez racional de los hechos- llegar a la conclusión, válida para todos los casos, de que no hay duda *objetiva* de la culpabilidad del acusado. La racionalidad no pertenece, pues, al momento de la valoración porque es independiente de la duda o la certidumbre subjetiva de un Tribunal en un caso concreto. Por el contrario, el principio "in dubio pro reo" pertenece al ámbito de la valoración, es un criterio que opera, una vez que ya no hay duda objetiva, para resolver - si es que, pese a todo, existe - la duda subjetiva del juzgador en ese caso concreto; de ahí que no sea susceptible de revisión.

En definitiva, no creo que los casos de duda objetiva e independiente del caso concreto, deban resolverse acudiendo a este criterio de decisión, sino acudiendo a aquel otro criterio previo que, en caso de incertidumbre objetiva sobre la culpabilidad, obliga a sustituir esa incerteza por la certeza de la inocencia. Dicho criterio no es otro, claro está, que la presunción de inocencia.

Pues bien, aplicando todo lo dicho a nuestro caso resulta que las reglas de la recta razón ordenan que la general credibilidad que se concede a un testigo se sustituya por la general desconfianza ante las declaraciones que hace un sujeto que tiene en todo caso un claro interés procesal en hacerlas y que - tratándose de un coimputado - no está obligado a decir verdad.

La credibilidad de estos sujetos no es una cuestión de duda subjetiva en un caso concreto, sino objetiva y extensible a todos los casos. Al Juez incluso le podrá convencer lo que tal sujeto diga, pero la simple convicción judicial no es prueba de cargo en la que racionalmente se pueda fundar la condena de nadie.

Eso es algo, por otra parte, que no se le oculta al Tribunal Supremo y de ahí que lleve a cabo el control que conocemos. Sin embargo, como decía, se queda a mitad de camino. Si llevase su propia doctrina a sus últimas consecuencias tendría que reconocer - como desde hace décadas reconoció la jurisprudencia anglosajona - que quien ha tomado parte o está relacionado con los hechos no es un tercero imparcial y que hay un motivo,

⁽²²⁸⁾ Respectivamente. "Presunción de inocencia...". op. cit., *passim*; "La prueba de indicios...". op. cit., especialmente, p. 69 y 70.

el interés, que existe siempre. Este interés no tiene que ser necesariamente el de la autoexculpación, pues puede no existir allí donde el sujeto reconoce su propia responsabilidad; no obstante, incluso en tales casos, podría dudarse de que el papel que a sí mismo se atribuye en los hechos - y que confía en que sea el que el Tribunal, dada su buena disposición, asuma - sea, en efecto, el que realmente tuvo. Pero, aun dando por bueno que tal interés no exista, el que indiscutiblemente existe es el de obtener un trato penal de favor, que, por pequeño que sea, la historia nos demuestra que siempre se ha obtenido⁽²²⁹⁾.

Esto, que genéricamente se puede predicar de todo coimputado, es tan evidente en el caso del art. 57 bis b) que creo que sería ofender al lector insistir de nuevo en ello.

Ante tal evidencia, otros ordenamientos - a los que ya me he referido - han reaccionado exigiendo la existencia de elementos que corroboren la declaración de estos sujetos. La nota de la corroboración es lo que dota de racionalidad a esas declaraciones como medio de prueba, y es la que permite decir, en su caso, que la culpabilidad del sujeto ha sido demostrada más allá de toda duda objetiva y razonable.

Pues bien, a mi juicio, y teniendo presente todo cuanto se ha dicho, esa es una conclusión a la que podría llegar el Tribunal Supremo, sin miedo a que pudiese decirse que irrumpe indebidamente en el ámbito de la libre valoración, pues -como vengo defendiendo- un correcto entendimiento de la presunción de inocencia obliga a concluir que la única interpretación constitucionalmente correcta del art. 741 L.E.Crim es la que entiende la libre valoración como facultad de decidir a partir de pruebas razonables, lo que, en nuestro caso, sólo se consigue a través de la corroboración.

Y eso es algo - ya digo - que, sin perjuicio de lo que pudiera decir el Tribunal Constitucional⁽²³⁰⁾ - podría exigir el Tribunal Supremo, pues, siendo, como los demás

⁽²²⁹⁾ Vid. supra Capítulo I.

⁽²³⁰⁾ Como ya se vio, el Tribunal Constitucional ha desestimado todos los recursos en que directamente se le ha planteado tal cuestión. En todo momento ha entendido que lo que se le planteaba era una cuestión que excedía el ámbito de sus competencias.

Ni que decir tiene que no se va a entrar aquí a analizar una cuestión tan compleja como es la de la naturaleza y límites de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, sí que cabría apuntar al menos que, quizá, si la cuestión se le planteara en términos distintos a como habitualmente se hace, pudiera ser que el Tribunal no rehuyese pronunciarse al respecto. Convendría, más concretamente, reflexionar sobre la viabilidad de plantear la cuestión en términos tales que permitieran al citado Tribunal pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una interpretación del art. 741 L.E.Crim. según la cual la libre valoración de la prueba autoriza a valorar como prueba suficiente la declaración no corroborada de uno de los sujetos. En tal caso, el Tribunal podría declarar tal interpretación inconstitucional e indicar la interpretación constitucionalmente correcta. Tal cosa no

jueces ordinarios, también juez de la constitucionalidad, está obligado a interpretar las leyes - en la medida que lo permita sus tenor literal, y el art. 741 L.E.Crim. lo permite - de acuerdo con la Constitución.

Lo que no podría, ni el Tribunal Supremo, ni ningún otro, es entrar a valorar - cuando existieren los citados elementos - la suficiencia o insuficiencia de éstos para dotar de credibilidad a la declaración; máxime cuando, en muchos casos, la significación que aquellos tengan para alcanzar el fin propuesto puede estar directamente ligada a la inmediatez.

Al margen de todo ello, lo preferible sería, sin duda, que el legislador dijera expresamente - como se le recomendaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992⁽²³¹⁾ - que declaraciones inculpatorias como las referidas en el art. 57 bis b) no tienen por sí solas eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia.

Esa es, no obstante, la conclusión - como dije al principio de este epígrafe - a que cabe llegar a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre las declaraciones de los coimputados, cuyo valor probatorio se excluye cuando existan "promesas de trato procesal más favorable u otras similares".

Es, pues, de esperar que, de producirse este tipo de declaraciones, se les otorgue un tratamiento jurisprudencial acorde con tal doctrina. Entretanto, lo más que se puede hacer es ofrecer algunos apuntes sobre el tratamiento jurídico que sería conveniente que recibieran y sobre los requisitos que deberían reunir para poder desvirtuar la presunción de inocencia. A ello se dedican las líneas que siguen, en las cuales, como decía, sólo se pretende ofrecer algunas propuestas y, para nada, un estudio completo de la cuestión, lo cual requeriría una reflexión más profunda.

creo que vaya más allá de las funciones (nomotécnica y nomofiláctica) que viene asumiendo el Tribunal Constitucional. No obstante, el tema merece ser objeto de una reflexión más profunda de la que aquí se está en condiciones de hacer. máxime cuando cierto acontecimiento, relativamente reciente, aconseja extremar la medida del juicio.

Pese a todo, no me resisto a insertar lo que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se dice en el fundamento jurídico 2º del Auto 343/1987. 18 Marzo. Dice así:

"En la medida en que el recurrente no cuestiona la constitucionalidad de la falta de una prohibición en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permita utilizar la declaración del coacusado en la formación del juicio sobre los hechos probados, ni cuestiona la conformidad con la Constitución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, no cabe admitir tampoco una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por dicho motivo".

⁽²³¹⁾ Puede verse en C.P.C., 1992, nº 48, p. 666.

3.-*Requisitos que deben reunir las declaraciones en estudio. Los elementos de corroboración. El problema de las declaraciones no reiteradas en el juicio oral.*

Como se tuvo ocasión de exponer en un Capítulo distinto⁽²³²⁾, en los ordenamientos anglosajones - que son, quizá, aquellos en los que el recurso a la *accomplice evidence* cuenta con una tradición más antigua - dos son los requisitos que se exigen para poder fundar una condena en la declaración de un copartícipe, a saber:

1ª.- La confrontación directa entre el copartícipe que acusa y el acusado por éste; se trata de la llamada "*cross-examination as to credit*" sin la cual aquel testimonio carecería de todo valor por violar el *right of confrontation* que, en el caso del Derecho Norteamericano, se reconoce en la VI Enmienda de la Constitución.

2º.- La existencia de elementos que corroboren el testimonio en cuestión; es la denominada *corroborating evidence* o, simplemente, *corroboration*.

Pues bien, qué duda cabe que exigir los mencionados requisitos convierte a tales declaraciones en medios de prueba de los que razonablemente se puede deducir la culpabilidad del acusado. La cuestión radica, pues, en el debido cumplimiento de tales exigencias. Sin embargo, esto, tan aparentemente sencillo, pudiera verse en la práctica jalonado de dificultades.

De entrada, la observancia del primero de los requisitos enunciados podría encontrarse en nuestro actual panorama procesal ante algunas complicaciones. De ellas me ocuparé al tratar la problemática de las imputaciones no reiteradas en el juicio oral.

El segundo de ellos - que será el que abordaré en primer lugar - no es menos problemático, por la razón que más adelante veremos.

No obstante, antes de entrar en ello, parece conveniente referirse a un tercer requisito al que no suele aludirse expresamente como tal, lo que sin duda, obedece al hecho de darlo por supuesto.

3º.- Este tercer requisito - que es más bien, un conjunto de ellos - va referido a la necesidad de que el juzgador dirija su atención, de un lado, sobre determinados atributos internos de la declaración y, de otro, sobre la personalidad del declarante. Lo primero, trata de asegurar que la declaración en cuestión sea una declaración intrínsecamente

⁽²³²⁾ Vid. *supra* Capítulo II, p.128 y ss.

atendible, calificativo que sólo merece aquella que no sea incoherente, absurda o contradictoria. Lo segundo, persigue garantizar que, al menos aparentemente, quien la hace no es un sujeto del que "a priori" quepa desconfiar, por causas, claro está, distintas al hecho de ser un copartícipe (v. g. porque previamente ha sido condenado por los delitos de falso testimonio o acusación o denuncia falsa, o porque hay datos que acreditan que en sus relaciones personales o profesionales es persona de poco fiar, etc.).

Pues bien, estos requisitos -que tienden al control interno de la declaración, lo que acerca su objetivo al que se persigue con la confrontación dialéctica entre los sujetos - no pueden, bajo ningún concepto, ser considerados suficientes.

Del primero diría que es absolutamente necesario, aunque insuficiente, y, del segundo, que es un acto importante, pero prescindible y, en todo caso, también insuficiente. Dicho en otros términos: en cuanto a la necesidad de que la declaración sea coherente, detallada, no contradictoria, etc., creo que es posible obviar las razones que avalan el hecho de su necesidad. En cuanto a su insuficiencia, ya se ha dicho en algún otro lugar que ello no puede bastar por la sencilla razón de que aquellos no son datos externos a la declaración, sino atributos de ésta que convienen tanto a una declaración verdadera como falsa; es más, parece lo lógico que quien espera obtener un beneficio esté interesado en que lo crean, de modo que hasta el más necio, organizaría los datos y daría una estructura racional a su discurso.

Por lo que se refiere a la personalidad del declarante, no estimo que éste sea un dato decisivo, ni para negar *ab initio* toda viabilidad a la declaración, ni para concederle credibilidad por sí sola. Así lo entiendo porque si existen elementos externos que avalan la veracidad de lo declarado no hay motivos para seguir pensando que, por ejemplo, quien mintió una vez, miente siempre; si acaso, eso será una especie de "tacha" que deberá tomar en consideración el juzgador a la hora de determinar la cantidad o calidad de los elementos externos que deben concurrir para dar credibilidad a la imputación. De igual modo - como dije - no es conveniente recurrir a la personalidad del declarante como elemento suficiente para considerar creíble la acusación; es más, pudiera convertirse en un expediente peligroso, pues podría conducir a que se consagrara lo que en Italia se llamó "*credibilità per traslazione*"⁽²³³⁾, esto es, a considerar que el coimputado cuyas declaraciones resultaron corroboradas en otras ocasiones dice siempre la verdad.

⁽²³³⁾ Ese fue un procedimiento que algún Magistrado defendió incluso por escrito (así, VITARI. "La chiamata...", op. cit., p. 567) y al que otros, también por escrito, se opusieron (así FASSONE. "Pentitismo e Cassazione pentita?". op. cit., p. 1835).

En realidad, estas exigencias que aquí se han configurado como tercer requisito no son, sin embargo, privativas o peculiares de las declaraciones en estudio, sino que más bien son las que, en general, deberían rodear a cualquier testimonio. Así, pues, no me detengo más en ellas y pasó, directamente al estudio de los requisitos restantes.

Los elementos de corroboración.

Este es, sin duda, el requisito que hace de éste un medio de prueba peculiar; MITTERMAIER⁽²³⁴⁾ se refería, por ello, a estas declaraciones como "prueba compuesta" al carecer de valor si no es agregadas a otros medios de convicción.

Es también, sin embargo, el requisito cuyo contenido resulta más difícil de delimitar con precisión. Es por ello que ni siquiera en los ordenamientos anglosajones puede decirse que existan unas directrices jurisprudenciales claras y admitidas por todos⁽²³⁵⁾. También en Italia - muy poco después de aprobarse el Codice di Procedura penale - comenzaron a surgir discrepancias en torno a la naturaleza y entidad de tales elementos; así, en alguna sentencia ya se lee que aquellos pueden ser "de cualquier tipo y naturaleza"⁽²³⁶⁾, mientras que en la doctrina hay quien parece defender el que sean auténticos medios de prueba los que avalen la credibilidad de lo declarado⁽²³⁷⁾.

Personalmente, entiendo que hay que comenzar rechazando esa última posición. Si esos elementos deben tener aptitud para servir por sí mismos como medio de prueba de la culpabilidad del acusado, la discusión pierde su sentido porque, en ese caso, es posible prescindir de la declaración en cuestión.

Como *primera conclusión* podría, pues, decirse que los tan citados elementos son *medios de convicción distintos a las pruebas en sentido estricto*.

En *segundo lugar*, debiera exigirse que aquellos fueran elementos *objetivos* - en el sentido de que deben existir fuera de la conciencia del juzgador - y *externos* a la

⁽²³⁴⁾ Tratado de la prueba.... op. cit., p. 241.

⁽²³⁵⁾ Vid. especialmente, NEPPI, *Maxiprocessi e pentiti alla luce dell'esperienza nordamericana*. Documenti Giustizia 1988, n° 11, p. 210 y ss; PHIPSON, *Evidence (BUZZARD/MAY/HOWARD, comp)* 13ª ed., London 1982, p. 721 y ss, n° marginal 52-05.

⁽²³⁶⁾ Cas. 3 febbraio 1990, S.U., cit. por VIVIANI, La chiamata.... op. cit., p. 331.

⁽²³⁷⁾ VIVIANI, op. arriba cit., p.332

declaración. Así, pues, sería inapropiado recurrir a cualquiera de los expedientes que, a modo de ejemplo, expongo a continuación.

El primero de ellos consiste en lo que GREVI⁽²³⁸⁾ ha llamado una "*conferma generica*", esto es, contentarse con que la declaración haya resultado confirmada en relación con uno o algunos de los sujetos acusados, para tenerla por confirmada en relación con el resto de sujetos a quienes se dirige la imputación. Esto - que no es otra cosa que la "*credibilità per traslazione*" a que antes me he referido - sólo es un dato que alimenta la fiabilidad del declarante, pero no puede servir para confirmar más hechos ni para fundamentar más responsabilidades que las de aquellos con respecto a los cuales sí que resultaron efectivamente corroboradas⁽²³⁹⁾.

Tampoco entiendo que sea suficiente una solución que ofrece GREVI⁽²⁴⁰⁾, y, en virtud de la cual, sería bastante con que las declaraciones hechas por el coimputado en el plenario fueran perfectamente coincidentes con las que ese mismo sujeto realizó en fases procedimentales anteriores. El citado autor, pretende con ello aplicar por analogía algo que en el Codice di Procedura penale está pensado para valorar la credibilidad de las partes o de los testigos⁽²⁴¹⁾ pero que, a mi juicio, no se puede trasladar al caso que nos ocupa porque tal cosa no sería una forma de control extrínseco que recurre a elementos distintos de la propia declaración, sino solo un control intrínseco, referido a la atendibilidad que por sí misma merezca la declaración, la cual, en casos de coincidencia, será, sencillamente, coherente y constante.

Lo hasta aquí dicho no creo que pueda resultar polémico, o al menos, no demasiado polémico. A partir de aquí, sin embargo, la cosa se complica. Así es, porque entre esos elementos objetivos y externos, habrá unos que relacionen al acusado directamente con el hecho, pero habrá otros en que ésto no sea así.

Entre los primeros podrían citarse, a modo de ejemplo, el hecho de que hubiere resultado probada su participación en la fase preparatoria del delito, la posesión de instrumentos con los que el delito se ha cometido, el hallazgo de estos mismos instrumentos en lugar distinto con huellas del acusado o, en fin, el hecho de ser detenido

⁽²³⁸⁾ "Le dichiarazioni...", op. cit., p. 1181 y 1182.

⁽²³⁹⁾ En el mismo sentido, GREVI, *ibidem*.

⁽²⁴⁰⁾ "Le dichiarazioni...", op. cit., p. 1180 y 1181.

⁽²⁴¹⁾ En relación con tales sujetos, el C.p.p. (arts. 500 y 503.3) establece que, una vez que aquellos han declarado en el juicio, sea posible proceder a la lectura de otras manifestaciones que hubieren realizado previamente, con el fin de que la concordancia o contrariedad con las mismas, pueda ser valorada por el juez para determinar la credibilidad de la persona examinada.

en las inmediaciones de un lugar destinado a servir como "buzón" o como depósito de armas.

Por el contrario, como decía, habrá elementos de naturaleza distinta que no relacionen al acusado con el hecho pero que acrediten la veracidad de ciertos extremos de la declaración o que autoricen a emitir un juicio que podríamos llamar de probabilidad cualificada, sobre la veracidad de la misma. Por ejemplo, el colaborador declara - y resulta acreditado que lo declarado es cierto - que la noche anterior a la perpetración del hecho la pasaron en un hotel determinado donde se registraron con una identidad falsa, o se acredita que, en efecto, tuvieron lugar las citas que, según el colaborador, tenían por objeto la preparación del delito, o se comprueba que, en efecto, el acusado adquirió el vehículo que días después resultó utilizado en un atentado con coche-bomba. Asimismo, también cabría incluir dentro de este segundo grupo de elementos otro conjunto de circunstancias, como pudiera ser la fuga del acusado o, incluso, el comportamiento procesal del mismo y, muy especialmente, el hecho de que en la confrontación dialéctica con quien le acusa se contradiga o no de explicaciones razonables.

Si se observa los elementos a que me he referido en primer lugar tienen en común dos notas: una positiva, que es el hecho de ser indicios - entendido en el sentido de prueba crítica - y otra negativa, que consiste en no ser de aquellos que por su especial significación pueden servir aisladamente para construir una prueba indiciaria en la cual fundar una determinada condena⁽²⁴²⁾; a mi juicio, ni siquiera el más grave de los citados - el relativo a las huellas encontradas en las armas en cuestión - es suficiente para acreditar por sí solo la participación del sujeto en el atentado que, v.g., se le imputa; tal cosa sólo acredita que el sujeto tocó tales armas, antes o después de aquella acción y, por tanto, podría servir - y no siempre⁽²⁴³⁾ - para incriminarlo por la tenencia ilícita de las mismas, pero para nada más. De igual modo, la detención del individuo en las inmediaciones de un depósito de armas, no es algo que autorice por sí solo a llegar a la conclusión de que

⁽²⁴²⁾ Característica, por otra parte, que es extraordinariamente difícil que reuna un indicio, pues lo habitual es que uno sólo no sea suficiente para que pueda considerarse fijado - de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia - el hecho presunto. De ahí que la mayoría de la doctrina - y también de la jurisprudencia exija que los indicios - además de graves, precisos y concordantes - sean varios. Vid., MARTÍNEZ ARRIETA, "La prueba indiciaria", op. cit., p. 64 y 65; ASECIO MELLADO, Prueba prohibida..., op. cit., p. 61 y 62; SILVA MELERO, La prueba procesal, T. I., op. cit., p. 313; MONTÓN REDONDO, Derecho Jurisdiccional (con MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ COLOMER), Op. cit., p. 366.

⁽²⁴³⁾ A mi modo de ver, sería necesario que se acreditara que la relación del sujeto con el arma mencionada no se limitó a ser un mero contacto material, que, por su carácter fugaz y momentáneo, impediría el castigo por ese título; vid. VIVES ANTÓN, Derecho penal. Parte especial (con BOIXORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC), Valencia, 1993, p.178 y 179.

tal sujeto es miembro de un grupo a cuyas actividades ilícitas se destinan las armas en cuestión, pues, su estancia en tal lugar bien puede ser simple producto del azar.

Sin embargo, dado que esos datos relacionan directamente al sujeto con los hechos que el colaborador le imputa, creo que es posible concederles la condición de elementos externos y objetivos, suficientes, por tanto, para que cada uno de ellos aisladamente pueda servir para corroborar la declaración realizada.

Distinta, me parece, debe ser la solución ante elementos como los que se han incluido en el segundo grupo. Que el sujeto hubiera adquirido el vehículo utilizado en la acción terrorista nada dice de su participación en la misma, pues bien pudiera suceder que el vehículo le hubiera sido sustraído; algo similar acontece en el caso de que lo único que se haya logrado demostrar es que el sujeto mantenía relaciones con individuos integrados en este tipo de grupos criminales. En estos casos lo que resulta acreditado es que el declarante no mentía en relación con el hecho de la adquisición del vehículo o la existencia de las relaciones mencionadas, pero poco más. Se trata también de indicios, pero con respecto a los cuales aumenta considerablemente el número de inferencias posibles, precisamente porque no relacionan al sujeto directamente con la actividad criminal que se le imputa.

En tales supuestos entiendo que debería exigirse una pluralidad de tales elementos, entre los cuales debiera concederse un papel de primerísima importancia a la conducta procesal del acusado.

Ciertamente habría de estimarse improcedente - al menos así se entiende aquí⁽²⁴⁴⁾ - una condena exclusivamente fundada en el silencio del acusado o en la circunstancia de que no de explicaciones convincentes a los distintos hechos afirmados por el declarante y de cuya veracidad se tiene constancia. Sin embargo, esa conducta u otras similares (v. g. la fuga) podrá servir como elemento integrante del juicio sobre la veracidad de la declaración. Ahora bien, por ser tal conducta un elemento de los que no relacionan directamente al sujeto con el hecho, deberá - como decía - concurrir en unión, al menos, de otro elemento de tal clase; quizá un ejemplo contribuya a aclarar aquello a lo que me refiero: si el colaborador afirma que ambos mantuvieron contactos en determinados lugares o que se registraron con nombres falsos en un hotel concreto, la falta de coartada,

⁽²⁴⁴⁾ En el mismo sentido ASENCIO MELLADO, Prueba prohibida... op. cit., p. 62; MARTINEZ ARRIETA, "La prueba indiciaria...", op. cit., p. 62 y ss. Vid. también S.T.C. 229/1988, 1 Diciembre, donde se afirma que "la versión de los hechos ofrecida por el inculcado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero ni aquel tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba de servir para considerarlo culpable"; lo mismo, en relación con la falta de credibilidad de los testigos de descargo, S.T.C. 124/1990, 2 Julio (F.J.º 3º).