

e incluso la coartada que se demuestre falsa, no sirve para tener por probados esos hechos y, por tanto, menos aún, para convertir la declaración en fundamento de una condena; es necesario que previamente se haya constatado la realidad de aquellos contactos, y que a ello, ahora sí, se una el hecho de que el sujeto no esté en condiciones de ofrecer una explicación razonable.

En relación con lo que hasta aquí se ha dicho, hay que dejar constancia - siquiera sólo sea eso - de la problemática relativa a si la declaración de otro coimputado puede servir como elemento de corroboración. Desde luego, la cuestión es discutible porque - pese a tratarse de un elemento externo y objetivo - no parece muy coherente que algo que debe ser corroborado pueda, a su vez, servir de elemento de corroboración. Opiniones las hay en ambos sentidos<sup>(245)</sup>; no obstante, quienes admiten tal posibilidad, la rodean de un cúmulo tal de garantías y cautelas, que bien pudiera decirse que el tratamiento equivale al más rígido que aquí se ha propuesto para aquellos elementos que no relacionan al sujeto con el hecho, y de los cuales deben concurrir, por tanto, varios de ellos.

Para finalizar, sólo insistir en algo tan obvio como que todo cuanto aquí se ha dicho en relación con los elementos de corroboración solo pretende - y así debe ser visto - avanzar algunas propuestas que, por otra parte, no son válidas para todos los supuestos, pues, claro es, el juicio sobre la suficiencia o insuficiencia de los elementos en cuestión deberá formularse en concreto y en él habrá de tenerse en cuenta, además, la forma exacta de producirse las declaraciones, el momento en que han tenido lugar y otra serie de circunstancias que sólo un estudio profundo de la materia - y no es éste el lugar de realizarlo - permitiría precisar debidamente.

### *El problema de las declaraciones no reiteradas en el juicio oral.*

La contradicción, en tanto que manifestación del derecho de defensa, se reconoce en nuestro ordenamiento como derecho fundamental (art. 24 C.E. y art. 6.3,d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos) y, consiguientemente,

<sup>(245)</sup> En contra VIVIANI, *La chiamata...*, op. cit., p. 336; MITTERMAIER, *Tratado de la prueba*, op. cit., p. 241. A favor, BOSCHI, "La chiamata...", op. cit., p. 531. FASSONE, "La valutazione..." op. cit., p. 1902; GREVI, "Le dichiarazioni...": op. cit., p. 1179; FIANDACA, "La chiamata...", op. cit., p. 533.

éste debe ser respetado con independencia de que tal respeto pueda representar, en ocasiones, un obstáculo para alcanzar eso que los procesalistas llaman la verdad material, la cual - en virtud de ese y otros derechos - es también una verdad formalizada a la que sólo puede llegarse a través de un procedimiento legítimo. Eso, por sí solo, justifica, pues, el que el debate procesal tenga lugar en condiciones que respeten la contradicción.

Pero es que, además, en casos como el que nos ocupa, la confrontación inmediata entre los sujetos es el mejor procedimiento de búsqueda de la verdad. Confluyen, pues, felizmente el hecho dar satisfacción a un derecho del imputado y el objetivo que se persigue con el proceso penal; lo lógico sería, por tanto, que todos los sujetos procesales estuvieran interesados en promover aquella confrontación dialéctica entre el colaborador que acusa y el acusado por éste.

Sin embargo, en Italia fueron numerosas las voces - muchas menos las que se pronunciaron por escrito<sup>(246)</sup> - que se alzaron frente a lo que se consideraban maniobras tendentes a sustraer al colaborador de la confrontación con el acusado, e incluso llegó a afirmarse que no fue desconocida la práctica consistente en facilitarles pasaportes falsos con los que pudieran marchar al extranjero. Sin necesidad, no obstante, de llegar a esos extremos, hubo otros muchos casos - y así lo señalaron algunos Magistrados destacados<sup>(247)</sup> - en que se condenó sobre la base de declaraciones retractadas, sirviéndose de las previamente realizadas, incluso aunque hubieran sido hechas ante la Policía y no en presencia judicial.

Pues bien, esos son los grandes problemas: que el sujeto no comparezca el día del juicio - o que, aún compareciendo, se ampare en el derecho a guardar silencio, si es un coimputado en sentido estricto - o bien que en dicho acto se retracte de las imputaciones que mantuvo en fases procesales previas. Naturalmente, si se cuenta con medios de prueba idóneos de por sí para sostener la acusación y éstos se han obtenido respetando las garantías procesales, se puede prescindir de la declaración de aquel sujeto de un modo absoluto, esto es, sin recurrir siquiera a la lectura referida en los arts. 714 y 730 L.E.Crim. En estos supuestos, la posible condena no tendría su fundamento en tales declaraciones y, por tanto, el problema no sería tal. Sin embargo, habrá casos en que tal cosa no sea posible, y es con respecto a estos que hay que resolver cuál es el modo de dar

---

<sup>(246)</sup> Así, FERRAJOLI, Diritto e Ragione, op. cit., p. 862 y VIVIANI, La chiamata..., op. cit., p. 339.

<sup>(247)</sup> FASSONE "Pentitismo..." op. cit., p. 1832; MANCUSO, "Valutazioni probatorie relative al pentitismo", Questione Giustizia, 1986 (3), p. 691 y 692. Esa era, por otra parte, la orientación jurisprudencial dominante en tema de "*chiamata di correo*"; vid., MELCHIONDA, "La chiamata...", op. cit., p. 203; DI CHIARA, "Chiamata...", op. cit., p. 223; BARGIS, "In tema di interrogatorio...", op. cit., p. 885, nota 96.

entrada a aquellas declaraciones, cuál es el valor que se les debe asignar y, todo ello, naturalmente, teniendo presente el derecho de defensa que asiste al acusado, que exige salvaguardar, en todo caso, la contradicción.

A esos efectos, conviene distinguir dos situaciones distintas:

1.- supuestos en los cuales el colaborador comparece al acto del juicio oral, pero no reitera su anterior declaración, bien porque ni siquiera es interrogado, bien porque expresamente se retracta de ella.

2.- supuestos de imposibilidad de reproducción subsumibles en el art. 730 L.E.Crim.

Como habrá observado el lector, no se hace mención de los casos en que la no reiteración es producto de la falta de comparecencia del sujeto por causas que no sean ajenas a la voluntad de las partes. Naturalmente, si el sujeto no está presente en el juicio oral - pudiendo estarlo - por no haber sido citado, o porque - habiéndosele citado - no se suspende el juicio pese a su inasistencia, sus declaraciones no pueden tener entrada en el proceso; ni por la vía del art. 714 L.E.Crim., ni por la del art. 730, pues no se da el requisito de imposibilidad absoluta a que dicho precepto condiciona la lectura de las declaraciones anteriores. Y así es aunque se aduzca el temor a represalias. Esto es, a mi juicio, algo tan obvio que - pese a la existencia de jurisprudencia en contra<sup>(248)</sup> - no creo que sea necesario detenerse en ello.

Pues bien, en relación con aquellos dos grupos de supuestos ya se tuvo ocasión de exponer cuál es la posición de la jurisprudencia, por lo que, a continuación, me limitaré a dejar constancia de mi posición personal al respecto.

1.- Como decía unas líneas atrás, la falta de reiteración puede ser debida, en primer lugar, al hecho de que el sujeto no sea expresamente interrogado.

Ante una situación de este tipo - que será sin duda, absolutamente excepcional - hay que responder sin vacilar que cualquier condena fundada en las previas declaraciones inculpatorias vulnera el derecho a la presunción de inocencia por haber recaído sin que en el juicio oral haya existido actividad probatoria de ninguna clase.

---

<sup>(248)</sup> Vid. S.T.S., 17 Marzo 1988 (R.A. 2033) y otras cit. por VEGAS, Presunción..., op. cit., p. 293.

No basta - pese a lo que diga alguna sentencia del Tribunal Supremo<sup>(249)</sup> - con que la defensa hubiera tenido la posibilidad de interrogar al sujeto; es necesario que el sujeto haya sido efectivamente interrogado. Así lo dijo el Tribunal Constitucional en relación con la cuestión que nos ocupa<sup>(250)</sup>, y así debe ser, pues - como dice VEGAS TORRES<sup>(251)</sup> - una solución distinta a ésta "sólo se explica desde la errónea concepción tradicional del Tribunal Supremo, según la cual todo el sumario sería prueba documental directamente valorable por el juzgador, perspectiva desde la que podría verse en el art. 714 L.E.Crim una facultad concedida a la defensa en orden a provocar en el juicio declaraciones contradictorias con las sumariales para privar de eficacia a estas últimas". Sin embargo, estoy de acuerdo con el autor citado en que no es ese el significado que puede atribuirse al art. 714 L.E.Crim.

En segundo lugar, la falta de reiteración puede producirse porque el sujeto se retracte expresamente de sus anteriores manifestaciones.

Aquí habría que distinguir, a su vez, entre los casos en que el sujeto se retractó ya en el sumario ante el juez de instrucción, y aquellos otros en que la retractación se produce por primera vez en el acto del juicio oral.

En el primer caso, sus declaraciones anteriores no deberían tener entrada en el plenario, pues creo que están en lo cierto quienes - como VEGAS<sup>(252)</sup> - dicen que el art. 714 L.E.Crim. no ampara el que se proceda a la lectura de declaraciones hechas ante la Policía o el Ministerio Fiscal y, luego, retractadas ante el Juez de Instrucción. Muy distinta es - como se vió - la posición de la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

En relación con el segundo de los supuestos aludidos, conviene comenzar señalando que - como es sabido - el art. 714 L.E.Crim preve en relación con la prueba de testigos que se proceda a dar lectura a las declaraciones prestadas anteriormente. Tras dicha lectura - que necesariamente deberá producirse, y tener lugar sólo después de la declaración realizada en el juicio<sup>(253)</sup> - el Presidente deberá invitar al sujeto a que explique las diferencias o contradicciones observadas.

---

<sup>(249)</sup> S. 27 Octubre 1989 (R.A. 7771) cit. por VEGAS, Presunción... op. cit., p. 263.

<sup>(250)</sup> S. 137/1988. 7 Julio. Vid. en este Capítulo. nota 178

<sup>(251)</sup> Presunción... op. cit., p. 263.

<sup>(252)</sup> Presunción... op. cit., p. 255.

<sup>(253)</sup> Vid. ASECIO MELLADO. Prueba prohibida... op. cit., p. 193.

Se podría empezar por cuestionar - pese a la ya consolidada tradición jurisprudencial - si hay base legal para trasladar lo que el art. 714 L.E.Crim. dispone para la prueba de testigos a casos - como el presente - en que quien depone no ostenta esa condición. No obstante, se pasará tal cosa por alto para entrar en el fondo del asunto, que consiste, claro es, en determinar el valor que debe concederse a las declaraciones leídas conforme al art. 714 L.E.Crim.

Según ASECIO MELLADO<sup>(254)</sup> tal precepto posibilita interpretaciones de cualquier tipo y, quizá, tenga razón este autor. Pero hay unas que son más respetuosas que otras con el derecho de defensa y con el deseo - que ya era el deseo de nuestra vieja L.E.Crim. - de hacer del plenario el núcleo del proceso.

Ya sabemos que la posición que al respecto mantiene la jurisprudencia es la de entender que cabe fundar la condena en las anteriores declaraciones bastando para ello con que se de a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en el juicio oral.

Sin embargo, creo que asiste la razón a VIVES ANTON cuando afirma que, con ese criterio, "la permeabilidad del juicio oral a las diligencias sumariales es absoluta"<sup>(255)</sup>, y que "las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional 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>(256)</sup>, conclusión con la que coincide VEGAS<sup>(257)</sup>, quien no tiene reparo alguno en afirmar que se trata de una jurisprudencia *contra legem*.

La solución correcta parece, pues, la que, desde antiguo, ha mantenido GÓMEZ ORBANEJA<sup>(258)</sup>, según la cual, la función que cumple el art. 714 L.E.Crim. es la de servir para valorar la credibilidad del sujeto que declara en el juicio, no la de permitir que el Tribunal funde su decisión en declaraciones distintas.

Así, pues, el Tribunal podrá llegar a la conclusión de que quien se retracta está mintiendo; en casos como el que nos ocupa - en los cuales las presiones y amenazas serán frecuentes - puede estar incluso absolutamente convencido de que esa retractación no responde a la verdad. Pero, claro, estimar que no responde a la verdad una declaración

---

<sup>(254)</sup> Op. arriba cit., p.194.

<sup>(255)</sup> La reforma... op. cit., p. 152.

<sup>(256)</sup> Op. arriba cit., p. 155.

<sup>(257)</sup> Presunción... op. cit., p. 252.

<sup>(258)</sup> Derecho Procesal... (con HERCE QUEMADA), op. cit., p., 272.

exculpatoria podrá servir para no concederle valor alguno como prueba de descargo, pero no para fundar en ella una condena.

Esta solución se ha defendido con una serie de argumentos, que hago míos.

El primero de ellos, lo aporta GOMEZ ORBANEJA<sup>(259)</sup>, y lo apoya en el art. 715 L.E.Crim. Según tal precepto, sólo habrá lugar a mandar proceder contra un testigo como presunto autor de un delito de falso testimonio cuando éste sea dado en el juicio oral; naturalmente, tal requisito cobra mayor sentido si en la mente del legislador estaba la idea de que es el testimonio prestado en esa sede el único que puede perjudicar o favorecer injustamente al acusado.

El segundo argumento, lo ofrece VEGAS TORRES<sup>(260)</sup>. Como pone de manifiesto este autor, el art. 954.2º L.E.Crim contempla como motivo de revisión de las sentencias condenatorias firmes el que se hayan producido en virtud de testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal. Ahora bien, imaginemos que un sujeto ha sido condenado - de acuerdo con lo que la jurisprudencia mantiene - a raíz de unas declaraciones sumariales que resultaron falsas, y de las que el sujeto se retractó en el juicio oral. En tal caso, no es posible condenar por falso testimonio porque falta el requisito exigido en el art. 715, a saber: que el sujeto haya declarado en el juicio oral sobre lo mismo sin aprovechar esa especie de derecho de retractación que el art. 715 le concede, y falta, claro está, porque aquí se retractó. Ello supondría que la sentencia

---

<sup>(259)</sup> *Ibidem*.

<sup>(260)</sup> Presunción... op. cit., p. 248. Este autor ofrece un tercer argumento que, no obstante, no acaba de convencerme. Dice este autor: "Debe notarse, además, que de lo dispuesto por el art. 715 resulta un diferente tratamiento para las declaraciones sumariales leídas conforme al art. 714 y las leídas al amparo del art. 730. En efecto, mientras que aquellas no podrían dar lugar en ningún caso a la persecución de su autor por delito de falso testimonio, al entrar de lleno en el supuesto previsto por el párrafo primero del precepto anteriormente citado, estas últimas sí que pueden originar una causa por falso testimonio, ya que en el caso del art. 730 no se da el presupuesto a que el art. 715 condiciona la no perseguibilidad del falso testimonio sumarial, a saber, el de que el testigo que haya declarado en el sumario declarara también sobre los mismos hechos en el juicio. La diferencia puede explicarse si se entiende que las declaraciones sumariales leídas conforme al art. 730, al tener eficacia probatoria, pueden perjudicar injustamente al acusado, mientras que las que se lean en el caso previsto por el art. 714, al no poder ser tenidas en cuenta como prueba, no pueden ocasionarle perjuicio alguno" (*ibidem*).

Entiendo, sin embargo, que con ese razonamiento se llega a la insatisfactoria conclusión de permitir que se castigue por delito de falso testimonio a quien no compareció el día del juicio a declarar por causas ajenas a su voluntad. A mi juicio, lo que pretende el art. 715 es conceder una especie de derecho de retractación a favor de quien efectivamente declara en el juicio, no, por el contrario, permitir que se condene a quien, sin haber tenido esa oportunidad de rectificar, declaró falsamente en el sumario. De todos modos, convendría reflexionar sobre la cuestión.

condenatoria basada en la declaración sumarial no podría ser revisada al no existir una condena por tal delito.

El tercer argumento nos lo ofrece, sin necesidad de más cábalas, el art. 741 L.E.Crim. que taxativamente dice que sólo son pruebas "las practicadas en el juicio", de modo que, si las diligencias sumariales no son pruebas, no se entiende por qué haya de concederseles valor probatorio.

Si lo que se desea es evitar que retractaciones provocadas por el miedo dejen sin fundamento una acusación que en realidad se estima bien fundada, lo que hay que hacer es proteger adecuadamente a los sujetos, cuestión de la que, más adelante, tendré ocasión de ocuparme<sup>(261)</sup>.

En definitiva, me sumo a la opinión de quienes entienden que una sentencia condenatoria no puede fundarse en las declaraciones inculpatorias retractadas en el juicio oral, porque la única función del art. 714 L.E.Crim es permitir la lectura de aquellas declaraciones para valorar la credibilidad de quienes las hicieron, pero nada más.

Ciertamente, la ambigüedad de tal precepto podrá admitir otras soluciones - y, de hecho hay quien ha defendido la contraria con buenos argumentos<sup>(262)</sup>- pero, como ya dije, estimo que la que aquí se asume es la más respetuosa con los derechos del acusado y, quizá por ello, ha sido la solución expresamente acogida por el nuevo Codice di Procedura penale italiano (arts. 500 y 503.3). Todo ello adquiere - en nuestro caso concreto - un especial relieve, pues si las declaraciones que nos ocupan son de por sí poco fiables, ¿qué no decir de aquellas cuando su autor se retracta?

2.- Tal y como se apuntó, el segundo grupo de supuestos en que las declaraciones no se reiteran en el juicio oral, estaría integrado por aquellos en que tales declaraciones devienen irrepetibles.

Aquí vendrían a situarse no sólo los casos típicos de fallecimiento del sujeto o aquellos otros en que está en paradero desconocido, o reside en el extranjero, etc. Estos - fundamentalmente los últimos citados - serán excepcionales. Podrá no serlo tanto, sin embargo, el que el sujeto se niegue a declarar. Tratándose de un coimputado, le ampara el derecho a guardar silencio y, por tanto, nos hallamos jurídicamente ante un caso de

---

<sup>(261)</sup> Vid. *infra*, en este mismo Capítulo, apt. II.4.3.3.

<sup>(262)</sup> Vid. especialmente, ORTELLS, "Eficacia probatoria...", *op. cit.*, p. 500 y ss.

imposibilidad de reproducción que, en no pocas ocasiones, tendrá su razón de ser, nuevamente, en el miedo a las represalias.

Ante una circunstancia de este tipo, el Derecho norteamericano no autoriza a fundar la condena sobre las declaraciones anteriores; si el coimputado alega el *privilege against self incrimination*, hay que prescindir automáticamente de la *accomplice evidence*<sup>(263)</sup>. Veámos qué es lo que sucede en el Derecho español.

Como es sabido, el art. 730 L.E.Crim. autoriza a que puedan leerse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. En tales casos, es posible fundar la condena en las declaraciones inculpatorias realizadas en la fase de sumario o diligencias previas.

Ahora bien, para ello deben existir determinados presupuestos habilitantes de la lectura:

a) En primer lugar, que, en efecto, se trate de una imposibilidad absoluta; y absoluta quiere decir absoluta, por lo que hay que rechazar cierta orientación jurisprudencial que acude al art. 730 en cuanto surge la más mínima dificultad al respecto<sup>(264)</sup>.

En caso contrario, hay que solicitar la suspensión del juicio, carga procesal que incumbe a la acusación que intenta valerse de ese testimonio, como, con toda claridad, afirma la S.T.C. 150/1989, 25 Septiembre (F.Jº. 3º)<sup>(265)</sup>.

b) Asimismo, es necesario que la imposibilidad de reproducción lo sea por causas imprevisibles, independientes de la voluntad de las partes, de modo que mal hará la acusación en excusar la falta de comparecencia sobre la base de presuntas amenazas, pues - siendo ésta una circunstancia absolutamente previsible en estos casos - lo lógico es que se hubiera solicitado la realización anticipada de la prueba (arts. 448, 449 y concordantes L.E.Crim.); si esto no se solicitó, podría llegarse a la conclusión de que el hecho de faltar tal previsión es un riesgo que debe correr la acusación y que, por tanto, no cabe la lectura con arreglo al art. 730 L.E.Crim.

---

<sup>(263)</sup> Vid. *Douglas v. Alabama*, 380 U.S. 415 (1965). cit. por GENTILE. *Il diritto delle prove penali. en Il processo penale negli Stati Uniti d'America* (AMODIO/BASSIOUNI. comp.). Milano. 1988. p. 227 y 228.

<sup>(264)</sup> Vid. VEGAS. *Presunción...* op. cit., p. 311 y 313.

<sup>(265)</sup> En sentido contrario. S.T.S 13 Mayo 1989 (R.A. 4190); S.T.C. 64/1986, 21 Mayo. Cfr. asimismo. otras muchas citadas por VEGAS. *Presunción...* op. cit., p. 300 y 301.

c) En tercer lugar, es necesario que la declaración hubiera sido realizada o ratificada ante el Juez de Instrucción, que es la razonable conclusión a la que llega un buen sector de la doctrina<sup>(266)</sup>, a cuya opinión me sumo expresamente.

d) Asimismo, es necesario que en la fase de instrucción se haya concedido a las partes la posibilidad de contradicción. Este requisito - que viene siendo exigido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia<sup>(267)</sup> - tiene especial interés en los casos que nos ocupan, por lo que sería de desear que no prosperase una orientación jurisprudencial- al parecer bien asentada<sup>(268)</sup>- que no presta demasiada atención al hecho de que se haya concedido a las partes la posibilidad de contradicción. Y - como digo - tiene especial interés en estos casos porque, muchas veces, el sumario se habrá declarado secreto, e incluso porque - aunque no lo sea - no es infrecuente que muchas de estas declaraciones se produzcan de un modo súbito y sin tiempo suficiente para permitir la contradicción. Por ello, resulta conveniente - como en otro lugar ya dije - que, antes de la apertura del juicio oral, sea el propio Juez de Instrucción quien promueva la contradicción.

e) Finalmente, es preciso proceder a la lectura, que es lo que con toda claridad dice el art. 730. Es por ello loable que - frente a ciertas resoluciones del Tribunal Supremo - el Tribunal Constitucional estimase el recurso en la ya citada S. 83/1992, 28 Mayo, en la cual se consideró inadmisibile la condena sobre la base de las declaraciones sumariales de otros encausados que no habían comparecido al juicio oral, y que no fueron leídas por renunciar a ello el Ministerior Fiscal. La lectura trata de asegurar, en la medida de lo que es posible en estos casos, el debate contradictorio y, por tanto, no debe renunciarse a ella.

---

<sup>(266)</sup> Así entre otros, ASECIO MELLADO. Prueba prohibida.... op. cit., p. 185 y ss; TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, "Valor probatorio de las declaraciones del testigo no presente en el acto del juicio oral". Actualidad Penal. 1992 (1). XVIII. nº marginales 166 y 170; VEGAS, Presunción.... op. cit., p. 269 y 270.

<sup>(267)</sup> ASÍ, ASECIO MELLADO, op. cit. en nota anterior, *ibidem*; TAFUR LÓPEZ DE LEMUS, op. cit. en nota anterior, *ibidem*; VEGAS, op. cit., en nota anterior, p. 324; CLIMENT DURÁN, "Sobre la valorabilidad de las declaraciones sumariales no reproducidas durante el juicio oral". Revista General del Derecho, Enero-Febrero, 1991, p. 124 y 125. Vid. jurisprudencia citada en tales obras. No obstante, debe tenerse presente que basta con la posibilidad de intervenir por lo que si las partes no solicitan la confrontación, pudiendo ésta producirse, la entrada de esas declaraciones en el proceso no podrá calificarse de ilegítima: de cierto interés. S.T.C. 66/1989, 17 Abril .

<sup>(268)</sup> VEGAS TORRES, Presunción... op. cit., p. 283 y 284.

### *II.4.3.3. Otro problema que plantea esta modalidad de conducta: la protección del colaborador. Su incidencia en el buen desarrollo del proceso.*

En otro orden de cosas, hay que cuestionarse el que el Estado esté en condiciones de garantizar la seguridad de aquellos cuya colaboración recaba o, incluso, de los familiares más cercanos de éstos<sup>(269)</sup>. Tal cosa - además de la obvia importancia que intrínsecamente posee - no puede desatenderse si se desea - pese a todo - recurrir a este tipo de instrumentos procesales; en este sentido, innecesario resulta insistir en el hecho de que no pocas retracciones pueden tener su razón de ser en el miedo y la impotencia ante las amenazas recibidas<sup>(270)</sup>, por lo que la cuestión que nos ocupa tiene una relación directa con el buen desarrollo del proceso.

Asimismo, es conveniente no olvidar la inmediata conexión que existe entre la protección que se garantice a los colaboradores y la disponibilidad de estos a ser tales, pues a nadie le interesa que le atenúen o, incluso que le remitan la pena si con ello pone en juego y confía a la fortuna su vida o su integridad<sup>(271)</sup>.

Afortunadamente, no se cuenta en España con sucesos tan dramáticos como los acontecidos en otros países ( el asesinato de M<sup>a</sup> D. GONZÁLEZ CATARAÍN , "Yoyes", no sólo es un caso aislado, sino que, además, no existió colaboración con las autoridades) - y quizá sea eso lo que explica que este tema no haya recibido entre nosotros la atención

---

<sup>(269)</sup> De hecho, en Italia la mayor parte de los ataques relacionados, no obstante, con la criminalidad mafiosa - se dirigieron contra los familiares de los más famosos "pentiti"; de ahí que - en opinión de BORGNA/LAUDI/RUSSO/SALUZZO - la protección de los familiares sea un problema tanto o más importante que la protección del colaborador ("Quale protezione per i "pentiti" in Italia?. La Giustizia penale, 1988 (III), p. 372). Tal problema se hizo sentir también en Irlanda del Norte: así lo atestiguan HILLYARD y PERCY- SMITH "Converting Terrorists: The Use of Supergrasses in Northern Ireland", Journal of Law and Society, 1984, Vol. II., p. 351.

<sup>(270)</sup> Eso fue, precisamente, lo que ocurrió en Italia en el famosísimo proceso contra T.NEGRI, en el cual FIORONI tras marchar, en extrañas circunstancias, al extranjero se negó a volver para declarar en el juicio oral. Naturalmente, este fue sólo el caso más famoso, no el único. Vid. al respecto, CASELLI/PERDUCA, "Commento, Legge 29/5/82, n. 304", La legislazione penale, 1982, p. 553, nota 30. FERRACUTI, "Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos de terrorismo. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia", R.F.D.U.C. monográfico 11, 1986, p. 307. LAUDI, I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti", Milano, 1983, p. 64; SALVINI, "Un primo bilancio della legge sui terroristi pentiti fra importanza e difficoltà della sua applicazione", Cassazione penale, 1983, p. 1274, nota 19. Vid. También los interesantes documentos recogidos por BERNARDI en "Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di terrorismo", Questione giustizia, 1, 1982, p. 14, nota 9, p. 15, notas 10 y 11, p. 18, nota 34.

<sup>(271)</sup> Vid. JAEGER, Der Kronzeuge...., op. cit., p. 99.

que se le dispensó, y se le dispensa, en los países anglosajones<sup>(272)</sup>, en Alemania<sup>(273)</sup> o Italia<sup>(274)</sup>. Sin embargo, a nadie se le oculta que ese peligro existe. De él son conscientes los propios presos de E.T.A., quienes en varios documentos de los que se tuvo conocimiento a finales del año 1993 manifestaban su temor a ser asesinados si decidían abandonar la organización<sup>(275)</sup>. Asimismo, ya en 1982, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en la Memoria correspondiente a ese año, abogaba por la supresión del entonces vigente art. 174 bis c) C.P. por estimar que tal precepto era "inaplicable", "pretencioso" y "utópico", y que lo era, precisamente, debido a lo irreal que resulta creer que a alguien se le puede ocurrir "pronunciar sus revelaciones públicamente para que la Sala rebaje la pena a imponer en base a unos hechos probados que deben, necesariamente, recoger tales revelaciones", de manera que quien las hubiera hecho "se vería inmediatamente expuesto a represalias, tanto en la cárcel como en libertad"<sup>(276)</sup>.

En esa última afirmación que se hace en la citada Memoria se pone ya de manifiesto que las necesidades de protección se manifiestan en dos momentos distintos: aquel en el cual el sujeto está en manos de las autoridades - ya sea en prisión provisional o cumpliendo la condena impuesta - y aquel otro en el cual dicho sujeto retorna a la vida en libertad. Pues bien, a ambos periodos debiera extenderse el sistema de protección para que éste fuera realmente eficaz y no una mera declaración de buenas intenciones.

No se pretende aquí elaborar un catálogo exhaustivo de medidas que pudieran servir para alcanzar realmente tales objetivos, sin embargo, si que se desea dejar constancia de alguna de las medidas que han sido adoptadas en los países que cuentan con una legislación específica al respecto; concretamente, merece destacarse el caso de Estados Unidos que - como en su momento se dijo<sup>(277)</sup> - cuenta con un Programa Federal de Protección de Testigos, así como el caso de Italia, cuyos esfuerzos en este sentido han

---

<sup>(272)</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, p. 134 y 135.

<sup>(273)</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, nota 379.

<sup>(274)</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, p. 194 y 195.

<sup>(275)</sup> Vid. El País, 24 Diciembre 1993, p. 1 y 17; El Mundo, 24 Diciembre 1993, p. 10.

<sup>(276)</sup> Memoria citada, p. 56. Ello no obstante, lo cierto es que la atenuación dispensada por la Audiencia Nacional a tan importante cuestión no ha pasado de ahí. De hecho, en la Memoria de esa misma Fiscalía, correspondiente al año 1989 se dedica un número considerable de páginas (p. 174 y ss.) a tratar de la conveniencia de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger a los testigos que comparecen a los juicios orales en materia de terrorismo, y en ellas ni una sola vez se menciona el tema de los colaboradores, los cuales - aun sin ser testigos en sentido estricto - están en idéntica situación.

<sup>(277)</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, p. 134 y 135.

tenido su última plasmación normativa en el D. L. 15 Enero 1991, n. 8, convertido en Ley de 15 Marzo 1991, n. 82<sup>(278)</sup>.

Antes de comenzar a exponer las anunciadas medidas conviene resaltar el hecho de que en el último de los citados textos se establezca que aquellas pueden ser adoptadas no sólo en relación con el concreto colaborador, sino también en relación con sus parientes más próximos, personas que con él convivan y, en general, en relación con todos aquellos que estuvieran expuestos a un peligro grave y actual a causa de las relaciones que mantuvieran con el tan mencionado colaborador de la justicia (art. 9.2, D.L. 15 Enero 1991, n. 8).

Paso ya a exponer de forma sucinta alguna de las concretas medidas que podrían adoptarse, cuya puesta en marcha, según entiendo, debería corresponder conjuntamente a los Ministerios de Justicia e Interior:

1.- Una protección personal constante hasta el momento en que el sujeto ha declarado ante el Tribunal, y aún más allá si existieran razones graves y urgentes, en la línea de lo que establece la Witness Security Reform Act de 1970. (modificada en 1984, Título 18 U.S. Code 3521 - 3528).

2.- Para el caso de que el sujeto en cuestión estuviese en prisión provisional o bien cumpliendo condena, disponer que éste ocupe una sección especial dentro del centro penitenciario, o bien, que ni siquiera ingrese en un centro ordinario y se le recluya en un establecimiento especial<sup>(279)</sup>.

3.- Ahora bien, todo ello no puede considerarse que garantice suficientemente la seguridad de un individuo - o personas con él directamente relacionadas - cuya identidad y cuya apariencia física es perfectamente conocida. Precisamente para evitar los males que de ello podrían derivarse, en el mencionado Decreto italiano está prevista la posibilidad de otorgar al individuo - o, incluso a sus familiares más cercanos (art. 15, 1

---

<sup>(278)</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, notas 308 y 309.

<sup>(279)</sup> Vid. HILLYARD/PERCY-SMITH *Converting...*, op. cit., p. 345 y 347. Muy interesantes son las reflexiones que hacen al respecto BORGNA/LAUDI/RUSSO/SALUZZO, en el sentido de que la experiencia demuestra que la vida de estas personas no está suficientemente garantizada en las cárceles, a lo que se une el hecho de que, a través del régimen de visitas, los demás reclusos puedan llegar a conocer la identidad de los familiares o compañeros del colaborador. Asimismo, tales autores entienden que de ser insoslayable el ingreso en la cárcel, lo conveniente sería que, desde ese momento, se mantuviera en secreto la verdadera identidad del sujeto en cuestión ("Quale protezione...", op. cit. p. 373 y 375).

bis, letra e D. L. 15 Enero 1991, n. 8) - una nueva identidad<sup>(280)</sup>, así como la de adoptar otras medidas destinadas a cambiar de residencia, las cuales podrían comprender, si ello fuera necesario, providencias de carácter asistencial<sup>(281)</sup>.

Sin perjuicio de la adopción de medidas de este tipo, sería conveniente plantearse la posibilidad de arbitrar algún sistema que impidiese la identificación física del declarante por el público asistente al juicio oral, garantizando al mismo tiempo los principios de oralidad, publicidad y, naturalmente, el de contradicción. Tal cosa no parece prohibida por el art. 120.1 C.E., el cual permite que las leyes de procedimiento prevean excepciones al principio general. A tal efecto, no parece, sin embargo, suficiente lo dispuesto en el art. 680 L. E. Crim., pues no está claro que estos casos puedan incluirse en alguno de los supuestos allí señalados, por lo que sería necesaria una previsión específica<sup>(282)</sup>. No obstante, quizá tuvieran cabida en el art. 232.2 L.O.P.J. donde se alude también a razones "de protección de los derechos y libertades" para limitar el ámbito de la publicidad.

En cualquier caso, habrá que plantearse también la conveniencia de que en tales casos pudiera el Tribunal prescindir de llevar a cabo las llamadas preguntas generales de la ley, en la línea, por ejemplo, de lo que dispone el § 68 StPO, que autoriza al Presidente de la Sala a permitir que el declarante omita el domicilio si existiera motivo de preocupación en el sentido de que el testigo u otra persona estuviera en peligro a causa de dicha declaración.

No parece, sin embargo, que pudiera adoptarse la medida que algún autor alemán<sup>(283)</sup> ha propuesto, y que consiste en permitir al Tribunal que ordene el desalojo del

---

<sup>(280)</sup> Según BAUER, esta es una práctica absolutamente frecuente en Norteamérica y, de hecho, de ella dejan constancia algunos otros autores, vid. *supra*, Capítulo II, nota 138. De modo muy detallado se ocupa de tal cuestión el art. 15 D.L. 15 Enero 1991, n. 8, que viene a establecer un sistema - llamésmolo así - de doble identidad: hacia el exterior, sólo se refleja la nueva - aunque se prevee expresamente la tutela de los derechos de terceros - y de puertas para adentro, la Administración conoce la identidad real, de modo que, por ejemplo, cualesquiera actos que afecten al estado civil del sujeto continúan siendo inscritos cual si aquella no hubiera cambiado, sin perjuicio - por lo que antes se dijo - de que se expidan con arreglo a la identidad posteriormente adquirida.

<sup>(281)</sup> Arts. 10.1 y 13.1 D.L. 15 Enero 1991, n. 8.

<sup>(282)</sup> A modo de anécdota, es curioso el procedimiento a que se recurrió en un famoso proceso celebrado en Gibraltar en Septiembre de 1988, con ocasión de la muerte de varios activistas del I.R.A. en un enfrentamiento con las Fuerzas de Seguridad británicas. Durante dicho proceso - y para evitar la identificación de los agentes, éstos hicieron sus declaraciones - previa distorsión de su voz - ocultos tras un biombo, desde donde sólo podían ser contemplados por el Tribunal y las partes, que, en todo momento, se dirigieron a ellos mediante iniciales.

<sup>(283)</sup> HILGER "Die Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten", *NJW*, 1989, 38, p. 2378.

acusado; tal medida pudiera ser conforme con el ordenamiento procesal alemán ( § 247 StPO), pero no parece que lo sea con lo que dispone nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde, de un lado, se establece que las limitaciones al principio general de publicidad no afectan a las partes (art. 681) y, de otro, que el acusado sólo podrá ser expulsado cuando altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias y apercibimientos del Presidente (art. 687). Por otra parte, cabría plantearse si tal cosa supone o no una limitación del derecho de defensa carente de cualquier apoyo normativo. Así lo estimó el Tribunal Supremo en un caso en que se acordó el desalojo de las personas acusadas después de que el Ministerio Fiscal lo solicitara al Tribunal por tener conocimiento de que la testigo había recibido ciertas advertencias en relación con las declaraciones que pensaba realizar. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de dicha declaración, pese a que en la Sala permanecieron los demás presentes y que posteriormente se leyeron a las procesadas las declaraciones en cuestión<sup>(284)</sup>.

En la línea de lo que se acaba de señalar - y, aunque parezca obvio, es mejor decirlo expresamente - no podría admitirse, bajo el pretexto de tratarse de una medida de protección, ninguna que supusiera, directa o indirectamente, la vulneración de derechos de terceros y, muy especialmente, de los derechos del inculpado por el colaborador; más concretamente, sería deseable que no se reprodujeran en España ciertas prácticas consistentes en favorecer huidas al extranjero con el fin de sustraer al colaborador a un exámen contradictorio en el momento del juicio oral. Asimismo, tampoco sería admisible- al socaire de la necesidad de proteger al colaborador - el que se desenterraran viejos métodos inquisitoriales por cuya virtud era posible ocultar el nombre de los testigos<sup>(285)</sup>; a mi juicio, ni siquiera debiera concederse valor alguno a la declaración que, como testigo de referencia, pudiera hacer el sujeto ante quien prestó declaración el colaborador. Tal cosa supondría rehabilitar el funesto sistema de las acusaciones secretas, convertir nuestro proceso en el buzón de las delaciones que adorna cierto palacio veneciano, y dejar inerte al acusado, el cual, a causa del secreto, quedaría enfrentado - como ya dijera el Marqués de BECCARIA<sup>(286)</sup> - ante el escudo más fuerte con que cuenta la tiranía.

---

<sup>(284)</sup> S.T.S 17 Septiembre 19909 (R.A. 7167). Vid. al respecto MÁRQUEZ DE PRADO Y MARTINEZ ARRIETA, "Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado". Poder Judicial, n° 21, 1991, p. 117 y ss. VEGAS TORRES, Presunción... op. cit., p. 91 y ss.

<sup>(285)</sup> Vid. Capítulo I, nota 21.

<sup>(286)</sup> De los delitos y de las penas (trad. de J.A. de las Casas). Madrid, 1968. p. 51.

Por otra parte, cualesquiera que fueran las medidas adoptadas, no estaría de más condicionar su mantenimiento al cumplimiento por parte de los destinatarios de las mismas de cuantas normas de seguridad les fueran dadas por las autoridades competentes.

Para terminar, sólo se desea resaltar que el problema expuesto no es sólo un problema humano, ante el cual se pueda sentir una condolencia mayor o menor; es un problema jurídico, porque pone en tela de juicio la legitimidad y la eficacia de estos instrumentos cuando generan, aunque sea indirectamente, la lesión de otros bienes; a veces, hasta la lesión de la vida de quienes, sencillamente, han tenido la mala suerte de estar íntimamente relacionados con aquellos que eligieron la vía - auspiciada por el Estado - de la colaboración.

## **CONCLUSIONES**

## **PRIMERA**

El legislador español, desde los tiempos más remotos, y con independencia del concreto contexto histórico-político, ha previsto mecanismos análogos a los hoy contenidos en el art. 57 bis b) con el fin de evitar y/o reprimir determinados delitos que tienen en común, en primer lugar, ser de aquellos que atentan contra lo que, a partir del liberalismo, se ha dado en llamar seguridad interior del Estado, y, en segundo lugar, ser delitos graves, que se caracterizan por ser de los que habitualmente se cometen en grupo.

## **SEGUNDA**

Dentro del amplio catálogo de los delitos citados, es más precisamente en el ámbito de las asociaciones ilícitas donde se encuentran los precedentes más claros del actual art. 57 bis b), los cuales, por otra parte, se contienen las más de las veces en leyes especiales y tienen su vigencia temporalmente limitada.

## **TERCERA**

De igual modo, en los ordenamientos de otros países se prevén mecanismos de naturaleza sustantiva y/o procesal, a través de los cuales se pretende estimular la colaboración con la Administración de Justicia penal en relación con delitos que se inscriben en el ámbito de la criminalidad organizada.

## **CUARTA**

Así sucede en los ordenamientos jurídicos anglosajones, donde tiene su origen la institución conocida como "Testigo de la Corona", que es, sin duda, la más problemática de todas las modalidades de colaboración, pues esencialmente consiste en la declaración que realiza quien ha tomado parte en el delito, dirigida a inculpar a otros sujetos de haber intervenido en el mismo, y por cuya virtud, quien la hace obtiene un tratamiento jurídico-penal más favorable, o, en su caso, la impunidad.

## **QUINTA**

Ello no obstante, tanto ésta como otras modalidades de colaboración, gozan en los países de la Common Law de una larga y, en general, nada polémica tradición jurídica. Y así es por dos razones: a) porque estas prácticas se inscriben sin distorsiones en su sistema jurídico, y, muy especialmente, en el marco jurídico-procesal de estos países,

presidido, como se sabe, por el principio de oportunidad; y b) porque sea cual sea el cauce procesal concretamente elegido para favorecer la colaboración, el uso de tales técnicas se rodea de las exigencias necesarias para garantizar los derechos de los distintos sujetos implicados.

## **SEXTA**

Por el contrario, el recurso a este tipo de instrumentos ha resultado particularmente problemático en ordenamientos cuyo modelo jurídico se asimila más al nuestro, como es el caso de los ordenamientos jurídicos italiano o alemán.

## **SÉPTIMA**

El estudio de los mismos, y, muy especialmente el análisis de la polémica experiencia italiana, ponen de manifiesto, ante todo:

a.- que los riesgos y dificultades aumentan a medida que los beneficios recaen en comportamientos que se alejan de los esquemas clásicos de comportamiento postdelictivo, y tienen más que ver con la funcionalidad de la Administración de Justicia que con la evitación o la disminución de las consecuencias dañosas;

b.- que, por otra parte, dichos riesgos y dichas dificultades son mayores si este tipo de preceptos se conciben legislativamente, o se interpretan, con arreglo a parámetros más propios de un Derecho penal de autor y del arrepentimiento interno, que de un Derecho penal del hecho; y finalmente,

c.- que los principales inconvenientes, en todos los sentidos, pero, fundamentalmente, de naturaleza procesal, los suscitan los comportamientos que implican la inculpación de terceros, lo que hace insoslayable adoptar medidas que eviten, al menos, los problemas procesales que plantean.

## **OCTAVA**

De todas estas dificultades han sido conscientes tanto el legislador italiano, como el alemán; de ahí que este tipo de normas se recojan en leyes especiales de carácter temporal, con lo que, de algún modo, se reconoce también que no se ajustan a las pautas generales que rigen el ejercicio de la potestad punitiva.

## **NOVENA**

De esto último, es indicativa - aunque esta afirmación deba entenderse hecha con matizaciones - la propia naturaleza jurídica de tales institutos.

Ciertamente, las notas que caracterizan los comportamientos previstos en el art. 57 bis b), impiden considerar que la renuncia a la pena, o la atenuación de la misma tenga su razón de ser en el hecho de que se vean afectados algunos de los elementos esenciales del delito. Así es, porque partiendo de concebir el tipo como tipo de injusto y de adoptar una concepción eminentemente objetiva de la antijuridicidad, no cabe admitir que ésta resulte afectada por conductas cuyo principal rasgo definitorio es el de acaecer con posterioridad a la consumación. De igual modo, si la culpabilidad se entiende como el reproche personal que se dirige al sujeto por la realización del hecho típicamente antijurídico y, consiguientemente, se la conceptúa como culpabilidad por el acto aislado, no resulta posible afirmar que ésta resulte modificada por comportamientos que acontecen una vez que está íntegramente realizado el tipo de injusto. Finalmente, tampoco la punibilidad, entendida como fenómeno normativo, se ve afectada por aquellas causas de exclusión o atenuación de la pena, que se proyectan sobre hechos que son normativamente punibles.

### DÉCIMA

Así, pues, la ubicación sistemática de tales institutos, cuya vinculación valorativa con las tradicionalmente denominadas "excusas absolutorias" es indiscutible, debe estar fuera de la Teoría jurídica del delito, con todo lo que ello comporta en orden a su tratamiento jurídico.

### UNDÉCIMA

Por tanto, cual sucede con el resto de institutos cuyo marco sistemático lo constituye la Teoría de la pena, su fundamento hay que buscarlo más allá del injusto y la culpabilidad; en consideraciones, pues, de política criminal que llevan al legislador a entender - con mayor o menor acierto - que, en determinados supuestos y bajo determinadas circunstancias, la aplicación de la pena - o de tanta pena - no es necesaria, o, incluso, que la renuncia a ella pudiera resultar conveniente. Concretamente en el caso del art. 57 bis b), su fundamento es, ante todo, un fundamento utilitario, pues tanto con la causa de atenuación de la pena, como con la causa de remisión total de la misma, lo que se persigue es estimular comportamientos que provoquen la desarticulación de los grupos terroristas, que eviten la comisión de futuros delitos, o que permitan castigar los ya cometidos mediante el descubrimiento de sus responsables.

### DUODÉCIMA

No obstante, la causa de atenuación de la pena no sólo puede fundamentarse en consideraciones utilitarias, sino que también se justifica desde los fines de la pena, pues, en este caso, la pena atenuada satisface plenamente tanto las exigencias de la prevención