

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆTIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

Revista Penal

Diciembre 2018



Penal

Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquiza* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González* 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva* 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde* 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso* 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo* 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang* 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por *Francisco Muñoz Conde* 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva *Arias Montano*: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)
Jiajia Yu (China)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)
Monica Roncati (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial. (Comentarios a las SSTS 1215/2006, de 4 diciembre, y 487/2015, de 20 julio)

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho penal

Código ORCID: 000-0003-4442-0739

Title: Probative value of the self-incrimination before the police, not ratified before the judicial organ. Comments to the SSTS 1215/2006, of December 4, and 487/2015, of July 20.

Resumen: El presente trabajo analiza el valor que puede alcanzar una declaración autoinculpatoria ante la policía cuando el sujeto no la ratifica posteriormente ante el órgano judicial competente. Para ello se analizan los ejemplos de las SSTS 1215/2006, de 4 de diciembre, y 487/2018, de 20 de julio. El autor realiza el análisis enlazando el Derecho penal material con el procesal desde el punto de vista de los parámetros constitucionales, encomiando la labor que en este sentido ha desarrollado el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

Palabras clave: Derecho penal, Derecho procesal, prueba de cargo, autoinculpación, proceso penal.

Abstract: This paper analyzes the value that a self-incriminating statement can reach before the police when the subject does not subsequently ratify it before the competent judicial body. To do this, the examples of SSTS 1215/2006, of December 4, and 487/2018, of July 20, are analyzed. The author performs the analysis linking the material criminal law with the procedural law from the constitutional parameters, praising the work that in this sense has developed the magistrate Andrés Ibáñez.

Key words: Criminal law, procedural law, proof of charge, self-incrimination, criminal proceedings.

Rec: 21-10-2018 **Fav:** 10-11-2018

1. Constitución y Derecho procesal penal

La relación entre Constitución y Derecho procesal penal ha dado lugar a una reinterpretación y renovación del arsenal argumentativo de este último en clave constitucional, sobre todo en lo que se refiere al valor probatorio de algunos datos relevantes en orden a desvirtuar la presunción de inocencia, ingrediente fundamental del proceso penal en un Estado de Derecho.

Durante muchos años el Derecho procesal penal ha sido la “Cenicienta de la Ciencia del Derecho penal”. Las causas de por qué esto ha sido así son varias y de distinta naturaleza. Entre ellas se pueden enumerar las siguientes.

1ª) Carácter burocrático del proceso penal. El proceso penal tiene un carácter burocrático y formalista poco apto para altas elucubraciones teóricas. Plazos, competencias, oficina judicial, etc., son sobre todo cuestiones de tipo organizativo, que no plantean mayores problemas de carácter teórico.

2ª) Vinculación al caso concreto y a las limitaciones materiales, temporales y jurídicas. El proceso penal está inmediatamente relacionado con un caso concreto y tiene los condicionamientos materiales y técnicos que el caso en particular presente, sobre todo a la hora de practicar ciertas pruebas para la averiguación del delito, identificación de sus autores, etc.

3ª) El proceso penal como “discurso institucional”. El proceso penal no es como la investigación científica un “discurso libre de dominio”, sino un “discurso institucional” en el sentido que Habermas da a esta frase; es decir, es un discurso sometido a determinadas reglas, limitado por el tiempo, y no disponible por sus protagonistas¹.

4ª) Escasa elaboración teórica en el mundo académico. A diferencia de lo que sucede con el Derecho penal material, sobre todo en lo que se refiere a la Teoría General del Delito, el proceso penal no ha sido objeto de una exposición teórica y sistemática global. Ello se debe en parte también al condicionamiento académico que hace, por ejemplo, que en España los profesores de Derecho penal sólo enseñen el Derecho penal, Parte General y Parte Especial, y algo de Criminología, pero no Derecho procesal penal, cuya docencia corresponde a los profesores de Derecho procesal, que, con todas las excepciones que puedan mencionarse, se ocupan primordialmente del Derecho procesal civil, que obviamente poco o nada tiene que ver con los principios del proceso penal.

5ª) Finalmente, aunque no en último lugar, y en relación con la causa anteriormente señalada, el proceso penal queda en manos de prácticos, jueces, fiscales y abogados, poco aficionados a altas elucubraciones teóricas, entre otras cosas porque ya tienen bastante con resolver en el menor tiempo posible los innumerables casos que diariamente les ocupan.

Una excepción en este último punto es Perfecto Andrés Ibáñez, quien desde los primeros escalones de su carrera judicial hasta el más alto cargo en la Magistratura de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha mostrado tanto en las sentencias de las que ha sido Ponente, como en sus publicaciones de carácter teórico, una especial sensibilidad para combinar teoría y praxis tanto en el Derecho penal material, como en el Derecho proceso penal, fruto de lo cual han sido excelentes trabajos, artículos y monografías, algunos de ellos publicados fuera de España, como “Los “hechos” en la sentencia penal”, México 2005, y “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Buenos Aires 2007.

A lo largo de su carrera judicial, así como también en sus publicaciones teóricas, Perfecto Andrés se ha tenido que ocupar de muchos de los problemas que suscita la repercusión de los derechos fundamentales del imputado o investigado en un proceso penal en diversos casos en cuyo enjuiciamiento ha intervenido como Juez en las diversas instancias y escalones de su carrera judicial.

Por lo que a mí respecta, aunque académicamente, dada la estricta separación existente entre la enseñan-

za del Derecho penal material, tarea que corresponden en exclusiva a los profesores de Derecho penal, y la del Derecho procesal penal, tarea que corresponde a los profesores de Derecho procesal, no he tenido prácticamente la oportunidad, al menos en la Universidad española, de enseñar o impartir algún curso de Derecho procesal penal, siempre que he podido me he ocupado de temas relacionados con el proceso penal, bien para la realización de dictámenes solicitados por algún profesional de la abogacía para algún caso concreto, bien en diversos artículos recogidos luego principalmente en monografías publicadas en la editorial Hammurabi, de Buenos Aires, en la que también se publicó la monografía de Perfecto Andrés antes citada sobre “Prueba y convicción judicial”, dentro de la serie sobre Proceso penal que bajo mi dirección y de la Magistrada Marcela Delange, se publica esta editorial. Entre la monografías más publicadas en dicha editorial debo mencionar “La búsqueda de la verdad en el proceso penal” (3ª edición, Buenos Aires 2007), que constituyó la Lección inaugural que di en la inauguración del primer curso académico (1998/1999) de la entonces nueva Universidad pública de Sevilla, la Universidad Pablo de Olavide. Esta monografía la dediqué al entonces Magistrado y Presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, Antonio Gil Merino, que tanto me ayudó a aclarar algunos vericuetos del proceso penal en la elaboración de dicha Lección. A esta monografía siguió otra sobre la; “Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal” (2ª ed., Buenos Aires, 2007), un tema en el que tuve en cuenta una sentencia de 26 de mayo de 1999, de la Audiencia Provincial de Madrid, de la que fue Ponente Perfecto Andrés, sobre el valor probatorio de los datos obtenidos a través de los “barridos” de conversaciones privadas obtenidos por los servicios policiales de información (CESID). Y, finalmente, una última monografía sobre “Las prohibiciones probatorias y el Derecho procesal penal del enemigo” (Buenos Aires, 2008), en la que recogía y completaba algunas de las cuestiones planteadas en las anteriores monografías, y reflexionaba sobre los peligros que entraña la devaluación de las “prohibiciones probatorias”, cuando, por ejemplo, se utilizan datos obtenidos a través de pruebas ilícitas, como el empleo de tortura, entendiendo que esto puede constituir un “Derecho procesal penal del enemigo” aún más peligroso para el Estado de Derecho que el llamado “Derecho penal del enemigo”. En todas estas monografías destacaba también algo para mí cada vez más evidente: que tanto la teoría como la praxis del Derecho penal material sólo se pueden entender si se analizan también desde el punto de vista del proceso penal, que constitu-

1 Sobre las diferencias entre uno y otro tipo de “discurso” en relación con el proceso penal, véase Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Luis Arroyo y Muñoz Conde, Barcelona 1984, p. 163 ss.

ye un filtro a través del cual tienen que pasar todas las cuestiones que se plantean tanto en la Parte General, como en la Parte Especial, para demostrar su validez teórica y su utilidad práctica. Pero, al mismo tiempo, que deben tenerse en cuenta las dificultades que son inherentes a la realización del proceso penal mismo, sin cuyo conocimiento difícilmente puede entenderse por qué una solución teóricamente perfecta en el plano del Derecho penal material no siempre es asumible en un proceso penal, en el que necesariamente rigen unos principios y derechos fundamentales del imputado que se convierten en obstáculos insalvables para trasplantar automáticamente la solución que propone el Derecho penal material.

Son muchos los ejemplos de esta naturaleza que pueden corroborar la afirmación que acabo de hacer. Pero de lo que no cabe duda es de que tanto en el Derecho penal material, como en el Derecho procesal penal, la vinculación a la Constitución y a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la misma, obligan a los cultivadores de ambas disciplinas, tanto en la teoría, como en la práctica, tanto en el ámbito académico, como en el de la praxis judicial, a configurar sus preceptos y conceptos básicos de una forma que los haga compatibles con dichos principios y derechos fundamentales. Esta configuración del Derecho penal y del Derecho procesal penal conforme a parámetros constitucionales se ha asumido ya desde hace años entre los penalistas españoles como algo evidente, no sólo por el esfuerzo desplegado por miembros de la Magistratura, como Perfecto Andrés, sino también por la labor de algunos Profesores de Derecho penal y de Derecho procesal que no sólo se han ocupado de la elaboración teórica del proceso penal, sino también de su “constitucionalización”. Esto era y es especialmente necesario porque muchos de los principios básicos del proceso penal, como la prohibición de autoincriminación, la presunción de inocencia, el habeas corpus, el derecho a la asistencia de un abogado, al Juez predeterminado por la Ley, a un juicio imparcial y justo, etc., se han convertido en derechos fundamentales tanto en las Constituciones de los Estados de Derecho, como en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos, hasta el punto de que son muchos los que hoy entienden el Derecho procesal penal como una especie de “Derecho constitucional aplicado”, del mismo modo que se concibe al Derecho penal material como una “Constitución en negativo”.

Desde este punto de vista, se ha ido configurando en los últimos años en la mayoría de los países cuyos ordenamientos jurídicos se basa en el Estado de Derecho y en el respeto a los derechos fundamentales del imputado, un proceso penal de carácter acusatorio en el que predominan principios tales como la presunción de inocencia, el derecho del acusado a no declarar

contra sí mismo, el derecho a la doble instancia, etc. Ello es evidente en el Ordenamiento jurídico español, cuya Constitución reconoce en su art.24 los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal. Así, por ej., el art.24 dice en su apartado 1 que “todos tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Y más detalladamente se desarrolla este principio en el apartado 2 del mismo artículo, en el que se dice que “asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, 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”.

Existe una estrecha relación entre todos estos derechos, y algunos de ellos como el derecho a la defensa se vincula al derecho a un proceso con todas las garantías, es decir, al debido proceso o “due process” reconocido internacionalmente. Pero probablemente el más importante de todos estos derechos es la *presunción de inocencia*, en el que se condensa el conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado en un proceso penal. Y esa presunción de inocencia no puede ser desvirtuada más que por una sentencia firme de condena pronunciada por un Juez o Tribunal competente en base a pruebas irrefutables obtenidas lícitamente y en la que se hayan observado todas las garantías que menciona el art.24 CE.

Sin embargo, estas garantías no son las únicas que requiere la presunción de inocencia, pues algunas de ellas dan lugar a su vez a otras, o se derivan más o menos directamente de estos u otros derechos reconocidos en otros lugares de la Constitución. Así, por ejemplo, el derecho a la doble instancia, aunque no está reconocido expresamente en la Constitución, puede apoyarse en el derecho a “un proceso con todas las garantías”, pues no cabe duda de que una de esas garantías es que se pueda recurrir a un Tribunal superior y que éste valore de nuevo las pruebas que se utilizaron por el Tribunal inferior para motivar una condena (excepcionalmente también una absolución). En algunos casos el concepto de “prueba lícita” o de “medio de prueba pertinente”, en relación, por ejemplo, con las interferencias en el derecho a la intimidad producidas en el curso de una investigación judicial, ha tenido que ser elaborado en relación con los límites y garantías que tiene reconocido este derecho en el art.18 de la Constitución y en los Convenios internacionales, pero también en base al principio de proporcionalidad que prohíbe una intromisión excesiva en este derecho fundamental cuando la gravedad del delito no justi-

fica esa intromisión, y sobre todo en relación con el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Ciertamente, la prohibición de valorar las pruebas obtenidas mediante tortura se puede basar en el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pero su naturaleza de “prueba prohibida” se puede obtener más claramente de la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes contenida en el art.15 CE y en el Convenio internacional contra la tortura. También la cuestionabilidad de la declaración de un imputado contra otro imputado como prueba en un proceso penal se deriva de preceptos constitucionales, aunque no haya ninguna referencia expresa a la misma en ningún precepto de carácter constitucional (al respecto véase infra II, B).

De todos estos casos, me he ocupado en las monografías anteriormente citadas. Uno de ellos especialmente interesante es el valor probatorio que puede tener la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial. En este caso se demuestra con especial claridad la tensión existente entre el principio constitucional de la presunción de inocencia y la finalidad del proceso penal de investigar la verdad. De este tema ya me ocupé anteriormente en mi monografía “Las prohibiciones probatorias y el Derecho procesal penal del enemigo”, anteriormente citada (p. 39 ss.), comentando una sentencia del Tribunal Supremo de 4 diciembre del 2006 y un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del mismo Tribunal del mismo año. Pero tras la aparición en 2015 de otra sentencia del mismo Tribunal en la que se mantiene un punto de vista diferente respecto al mismo tema, creo

procedente volver a ocuparme del mismo y considerar la nueva tesis jurisprudencial.

2. El valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial

A) La STS 1215/2006, de 4 diciembre

En esta sentencia de 4 diciembre 2006², se plantea el problema de si la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, puede ser considerada como prueba en relación con el siguiente caso:

“Se trataba de un sujeto acusado de haber suministrado información sobre los itinerarios, horarios y modos de vida de un Juez que luego fue asesinado por un miembro del grupo terrorista independentista vasco ETA. En su declaración ante la policía y en presencia de un abogado el presunto informador había confesado haber realizado esta actividad de información, pero posteriormente se retractó de esta declaración cuando fue interrogado por el Juez de Instrucción, alegando que la anterior confesión ante la policía la había realizado bajo coacción y supuestas torturas. La misma actitud mantuvo luego en el juicio oral ante la Audiencia Nacional. A pesar de ello este Tribunal consideró que la confesión ante la policía podía tener carácter de prueba de convicción y ser valorada como tal en la medida en que había sido corroborada por el testimonio de los policías que intervinieron en la misma y fueron llamados luego al juicio en calidad de testigos, y el del propio abogado que lo asistió en su confesión ante la policía”.

El condenado recurrió en casación al Tribunal Supremo, alegando entre otras cosas la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal

2 La sentencia de 4 noviembre 2006 fue precedida de un Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 28 de noviembre del 2006, sobre la validez como prueba de las declaraciones del imputado en sede policial, cuando no es ratificada luego ante el órgano judicial, y es en este Acuerdo en el que se basa luego la sentencia de 4 de diciembre para fundamentar su decisión mayoritaria. Es de suponer, por tanto, que este Acuerdo fue justamente realizado para ilustrar a los Magistrados que pocos días después configuraron la mayoría que confirmaron la sentencia condenatoria pronunciada por la Audiencia Nacional en base a la declaración realizada por el imputado ante la policía. No hay constancia de los argumentos empleados en ese Acuerdo, pero la sentencia de 4 de diciembre se refiere expresamente a él y en un largo Fundamento jurídico expone los distintos criterios jurisprudenciales habidos hasta la fecha en relación con este tema (véase infra). En el libro de ELENA IÑIGO CORROZA Y EDUARDO RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido* (1991-2007), Barcelona 2007, p. 413 ss., se menciona este Acuerdo, cuyo contenido se transcribe como sigue: “Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”; pero luego sólo se reproduce el mencionado Fundamento jurídico de la sentencia de 4 diciembre. Lo mismo hace Carlos GRANADOS PÉREZ en su recopilación de los *Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia*, Años 2011/2016, editado por Carlos Granados Pérez, 2ª ed., Valencia 2017, p. 90 ss., que además incluye varias decisiones previas del Tribunal Constitucional sobre el mismo tema, mencionadas en la STS de referencia. En todo caso, debe advertirse que los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo sólo tienen un valor indicativo de los criterios dominantes en esa Sala, y en absoluto el valor vinculante de una fuente del Derecho penal. Posteriormente, como veremos más adelante (infra II), el TS en la sentencia 487/2015, de 20 de julio, se enfrenta con el mismo problema. Esta sentencia fue también precedida de un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la misma sala del Tribunal Supremo, de 3 de julio, que expresamente sustituye el que sobre la misma materia se había adoptado en el Acuerdo de 28 noviembre 2006. Este acuerdo está recogido en “Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia, Años 2011/2016”, editado por Carlos Granados Pérez, anteriormente citado, p. 99 ss., que, sin embargo, no menciona la STS 487/2015, de 20 julio, sino otra del mismo Tribunal 435/2015, de 9 de julio, que tiene en cuenta el criterio del último Acuerdo.

Supremo de que las declaraciones prestadas ante la policía y no ratificadas luego ante el órgano judicial competente no pueden ser admitidas como prueba y que la valoración de la misma viola, por tanto, el principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24, 2 de la Constitución.

Antes de entrar en la exposición de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso, conviene hacer algunas precisiones aclaratorias:

1. Salvo la posible afinidad ideológica o incluso pertenencia a grupos simpatizantes con la banda terrorista que pudiera tener el acusado, o el conocimiento personal que tenía con el miembro de ETA que llevó a cabo el asesinato, no había otras pruebas que lo relacionaran con el asesinato terrorista que la confesión que había prestado ante la policía en la que reconocía haber suministrado información.
2. No deja de ser sorprendente que pueda utilizarse como prueba el testimonio del abogado que le asistió durante esa declaración, que si bien podía ser llamado para aclarar, por ejemplo, si hubo torturas o algún tipo de coacción durante la declaración de su asistido (lo que había sido alegado por él mismo), no parece que pueda serlo para declarar sobre hechos que puedan incriminar a la persona a la que en ese momento está prestando asistencia una asistencia jurídica que ya se puede considerar pertenece al derecho a la defensa y, por tanto, está acogida al secreto profesional.
3. No quedó probado (y en este sentido sí puede tener valor la declaración del abogado) que el acusado durante su confesión ante la policía hubiera sido sometido a algún tipo de coacción que invalidara su declaración, ni que los policías tuvieran algún tipo de interés personal en imputarle su participación en el hecho o urdieran otras pruebas para incriminarle o no dijeran en su deposición testifical la verdad sobre lo que habían oído decir al imputado durante su declaración.
4. Por supuesto, cualquier consideración crítica que aquí se haga sobre la validez como prueba de la declaración del imputado ante la policía, no excluye el más enérgico rechazo de cualquier ideología u opción política que invoque la violencia para conseguir sus objetivos, y la más enérgica condena del cobarde atentado del que fue víctima un honesto Magistrado que además era profesor de Derecho penal en la Universidad de Deusto (Bilbao), a quien llegué a conocer personalmente y valorar como una excelente persona y magnífico penalista.

De lo que aquí se trata es, por tanto, sólo de analizar la cuestión específica de si la declaración autoinculpatoria realizada por un imputado ante la policía y no ratificada después ante el Juez de Instrucción y ante el tribunal en el juicio oral puede o no ser admitida como prueba, y en base a ella exclusivamente poder llegar a un sentencia condenatoria. La mayoría de los Magistrados que componen la Sala sentenciadora (los Magistrados Juan Saavedra Ruiz y José Ramón Soriano Soriano, más el ponente de la misma Francisco Monterde Ferrer) se inclinan por la afirmativa, basándose para ello en diversos argumentos que seguidamente se exponen (infra a). Pero los otros dos Magistrados (Andrés Martínez Arrieta y Diego Ramos Gancedo) que también integraban el Tribunal que juzgó este hecho emitieron sendos votos particulares en los que rechazaron esta posibilidad en base a otros argumentos que también se exponen más adelante (véase también infra b).

a) La posición mayoritaria del Tribunal Supremo, tras analizar detenidamente los hechos y la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se condenó al recurrente, confirma esta condena y asumen que la prueba en la que se basó la misma es una prueba válida. Utilizan para ello el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de carácter no jurisdiccional de 28 noviembre del mismo año, que probablemente fue tomado para apoyar la decisión mayoritaria de la sentencia que se pronunció pocos días después.

Efectivamente, en este Acuerdo se dice que “*las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*”³.

Ello, en principio, puede ser, desde luego, asumible, por ejemplo, porque la declaración sea ratificada posteriormente ante el Juez, o porque existan otras pruebas (documental, testifical, pericial, etc.) que demuestren fehacientemente que lo que confesó ante la policía, aunque después lo negara ante el juez o en el juicio oral, corresponde con lo verdaderamente sucedido y se ha podido demostrar con ulteriores pruebas. Pero de lo que aquí se trata es de saber, si, al no haber esas otras pruebas, puede considerarse como tal la declaración como testigos de los policías (y del abogado) que estuvieron presentes en la primera declaración autoinculpatoria que hizo el acusado. Dado que el Acuerdo de 28 de noviembre del 2006 se hizo, según parece, para servir de apoyo o asesoramiento jurídico a los Magistrados que luego confirmaron la sentencia condenatoria, puede deducirse que la escueta declaración que aquí se recoge se refiere a este supuesto concreto.

3 Así se recoge en IÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERUNCHEN, p. 413, y de GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal a.cit.*, p. 91.

No obstante, que la cosa no es tan clara lo demuestra el largo Fundamento Jurídico en el que se recogen las distintas posiciones jurisprudenciales habidas al respecto hasta la fecha, y que por su importancia, a pesar de su extensión, creo pertinente reproducir:

“Respecto a la primera posibilidad señalada por el Tribunal Constitucional de introducción en el juicio oral de las declaraciones policiales, es decir la consistente en su lectura por la vía del art. 714 LECr, esta Sala ha venido adoptando las siguientes posiciones:

A) La ha excluido por entender que el precepto se refiere exclusivamente a declaraciones sumariales y no a las policiales en sentencias como las siguientes:

- STS de 16-7-9, referida a la declaración policial de un testigo que inculpa al acusado.
- STS nº 994/2003, de 23 de junio, se refiere a la declaración policial de un coimputado que inculpa al acusado.
- STS nº 5/2006, de 18 de enero, se refiere a la declaración policial de testigos que inculpan al acusado.

B) En otras resoluciones se ha reconocido por la Sala, a las declaraciones policiales practicadas legalmente, valor de prueba, si se reproducen en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Es decir, efectuándose su lectura y otorgándose la posibilidad de que las partes efectúen preguntas al que fue declarante en sede policial.

Así las SSTs de 14-9-1990; de 25-11-91; nº 1428/99, de 8 de octubre; y 179/2006, de 14 de febrero.

Y esta última sentencia pone su énfasis en el derecho de defensa de la parte, comprensivo del derecho al uso de los medios probatorios pertinentes, lo que autoriza a interrogar sobre el contenido y pormenores constatados en la diligencia policial, atrayendo al plenario tales declaraciones. Y argumenta que si se puede preguntar sobre manifestaciones o declaraciones extraprocesales, con mayor razón podrá hacerse sobre las procesales emitidas conforme a ley. Y finaliza sosteniendo que “el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial —aunque se presuma más espontáneo y menos aleccionado— sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, sino por la vía del art. 714 LECr. sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la Policía en fase investigadora”.

C) La segunda posibilidad apuntada por el Tribunal Constitucional, es decir, la introducción de las declaraciones policiales en el juicio oral cuando declaran en tal acto testigos que las presenciaron, tales como los policías ante las que se produjeron o el letrado que asistió en ellas al detenido, si bien no fue admitida por la STS de 2-11-93, en cambio sí lo fue en las siguientes:

- STS de 22-2-93. En este caso un detenido es quien inculpa a otros en la declaración policial; esta persona luego no es acusada y no comparece al acto del juicio como testigo, y quien declara en tal concepto es el letrado que asistió a la declaración.
- STS nº 949/96, de 29 de noviembre. Se refiere a la posibilidad, en general, de introducir la declaración policial mediante la testifical de los agentes ante los que se prestó.
- STS nº 1115/99, de 1 de julio. Se refiere a una testigo que inculpa a los acusados en la declaración policial, al acto del juicio comparecen la testigo y los policías instructor y secretario del atestado.
- STS nº 428/05, de 6 de abril. Se refiere a declaraciones testificales en sede policial. Al acto del juicio no comparecen los testigos (una fallecida y otra no localizada), y sí lo hacen los agentes policiales que presenciaron las declaraciones.
- STS nº 1106/2005, de 30 de septiembre que —citando la STS 918/2004, de 16 de julio y la nº349/2002 de 22 de febrero—, tras señalar que, por sí sola, la declaración autoincriminatoria no puede ser valorada en orden a fundar una sentencia condenatoria, ya que al ser prestada ante la policía, puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECrim., porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de su suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción, reconocía que “ello no obstante, existe una consolidada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que concede excepcionalmente un cierto valor de prueba a las actuaciones policiales, que la declaración autoincriminatoria en esa sede, no ratificada posteriormente, puede ser estimada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1º) que conste que aquella fue prestada previa información de sus derechos constitucionales; 2º) que sea prestada a presencia de Letrado y 3º) finalmente que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma (SSTC 303/93, 51/95 de 23 de febrero, 153/97 de 29 de septiembre, así como de esta Sala, 1079/2000, de 19 julio).

D) Por su parte, de conformidad con la doctrina constitucional y jurisprudencial expuesta el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado en 28-11-06, acordó: “admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada

al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

E) Además de lo dicho, cabe añadir, saliendo al paso de las objeciones que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva imparcialidad, ante la imposibilidad —que se apunta— de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración. Y, en segundo lugar, que los mencionados testigos de referencia no suplantán al autor de la declaración, si este se encuentra a disposición del Tribunal (en el sentido de las STS nº 829/06, de 20 de julio; nº 640/2006, de 9 de junio; o nº 332/2006, de 14 de marzo), pues el órgano de instancia no deja de valorar, mediante la percepción inmediata del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado, las manifestaciones del procesado, aunque fueran parcial o totalmente evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido. El acceso al juicio oral de las declaraciones de referencia trata de no cercenar las posibilidades valorativas que el art. 117.3 CE y el art. 741 LECr. atribuyen al Tribunal de instancia, de modo que, como señala la STS nº 1091/2006, de 19 de octubre “conviene recordar que el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás”, siempre que —añadiríamos nosotros— se ajusten a las exigencias constitucionales y legales, descartando toda indefensión. Lo que es el caso que nos ocupa”.

El Fundamento Jurídico que se acaba de transcribir, es una buena prueba de las dudas y vacilaciones que ha tenido la Jurisprudencia española, y no sólo la del Tribunal Supremo, sino también la del Tribunal Constitucional, en los últimos años en relación con el tema que nos ocupa. Lo que no deja de ser preocupante, teniendo en cuenta que el recurso de casación que motiva esta jurisprudencia no tiene como misión, salvo excepciones, revisar los hechos que se han estimado probados por el tribunal inferior, sino unificar la doctrina interpretativa; y poco puede unificar una jurisprudencia tan cambiante y contradictoria como la que aquí se describe. Tampoco aclara mucho el Acuerdo del Pleno de 28 noviembre al que se refiere el Fundamento D), pues sólo expresa una posición tan genérica que puede ser compatible con todas las posiciones jurisprudenciales citadas. Tampoco se puede olvidar que las resoluciones jurisprudenciales están condicionadas, además de

por las limitaciones que tiene el recurso de casación para revisar los hechos estimados como probados por el tribunal inferior, por las particularidades del caso concreto, lo que obviamente impide muchas veces deducir una doctrina jurisprudencial unitaria, como a veces pretenden algunos comentaristas que en apoyo de sus particulares opiniones ponen una sentencia tras otra de las que son favorables a sus tesis, e ignoran las que son contrarias, o modifican en todo caso las tesis jurisprudenciales citando unos párrafos y omitiendo otros.

Pero el problema central de esta sentencia sigue siendo, a mi juicio, que por más que se pueda admitir como prueba testifical la declaración de los policías éstos solo pueden declarar sobre lo que escucharon decir al acusado en su declaración, pero lo que no pueden asegurar es que fuera verdad o mentira el contenido de la declaración en sí misma. Si no lo hizo coaccionado por amenazas o tortura (y ello queda descartado por el propio tribunal), es muy probable que el propio acusado, sabiendo bien por conocimiento propio o por asesoramiento de un abogado, que su declaración ante la policía no tiene en sí misma valor probatorio alguno, aunque sea autoinculpatoria (tampoco si es exculpatoria), diga lo que en ese momento le parezca más oportuno, bien para acelerar su puesta a disposición judicial, bien por cualquier otra causa, como puede ser encubrir a otros o simplemente no colaborar en la investigación judicial. Pero no debemos olvidar que independientemente de las motivaciones particulares que pueda tener una persona para autoinculparse en su declaración ante la policía, la autoinculpación, es decir, la confesión como única prueba es más que dudosa como prueba de cargo para fundamentar una condena, pues el acusado puede autoinculparse y no sólo ante la policía, sino también ante el Juez instructor y ante el Tribunal en el juicio oral, por muchos motivos, incluso para encubrir al verdadero autor o a otras personas verdaderamente responsables del delito. Ello hace necesario que generalmente se exijan otras pruebas adicionales que corroboren lo que el acusado haya confesado. Así lo reconoce el art.406, 1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal cuando dice: “La confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”.

Pero la prohibición de valorar como prueba la autoinculpación ante la policía tiene sobre todo su origen en la voluntad de los primeros redactores de las Leyes que en el siglo XIX empezaron a regular el proceso penal conforme a los patrones del sistema acusatorio, de eliminar definitivamente la práctica de la tortura como forma de conseguir la confesión del torturado que se convertía así en la principal prueba contra sí mismo. No deja de ser interesante resaltar en este punto que una de las primeras resoluciones del Tribunal Constitu-

cional español cuando fue creado ya en la etapa democrática fue establecer que las declaraciones del imputado en sede policial no tenían el carácter de prueba sino de mero “atestado policial”, rompiendo así con una praxis jurisprudencial muy característica del régimen anterior autoritario de la dictadura franquista que venía diciendo exactamente lo contrario⁴. Y aunque hoy se admita, lo que es ya mucho admitir, que la tortura se ha erradicado completamente de la praxis policial, o que sólo se detecta en casos singulares, no podemos olvidar este origen y el sentido profundo que tiene negar validez de prueba a la autoinculpación en sede policial. A ello hay que unir también que las diligencias policiales, conforme al art.297 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sólo tienen carácter de denuncia y que la declaración del acusado o cualquier otro dato o elemento para que pueda ser incorporada como elemento probatorio en el juicio oral, incluso como prueba preconstituida o anticipada en caso de imposibilidad de reproducción en el juicio oral, tiene que por lo menos ser realizada ante el Juez encargado de la instrucción, es decir, como indica el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto a las declaraciones de testigos contradictorias, deben haber sido prestadas en el sumario. Pero además de estos, hay otros argumentos en contra de la tesis mayoritaria del Tribunal Supremo, que son claramente expuestos con mayor brevedad por los Magistrados que emiten voto particular de disidencia y a los que hay que darles especial relevancia porque insisten en la vinculación entre la inadmisibilidad como prueba de la autoinculpación en sede policial y la vigencia del principio *nemo tenetur*, es decir, que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

b) Efectivamente, como antes se ha dicho, los Magistrados Martínez Arrieta y Ramos Gancedo emiten sendos votos particulares contra el parecer mayoritario de sus compañeros de Sala, referidos exclusivamente a este punto. El primero señala, además de lo que se acaba de decir, que los policías que presenciaron la declaración y luego fueron llamados como testigos al juicio oral, sólo pueden tener la calidad de “testigos de referencia”, cuyo testimonio, por tanto, podría tener relevancia, con todas las reservas que se formulan contra esta clase de testimonio, en la medida en que se refieran a la declaración de personas que no se encuentren en ese momento en el juicio oral, pero no cuando “en el juicio se encuentre presente el referenciado, esto es, el propio imputado”. Y cita en apoyo de esta tesis abundante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y del

Constitucional. Y abundando en este argumento indica que los funcionarios policiales “no son testigos de los hechos objeto del juicio, por tanto su testimonio es impertinente al no guardar relación con los hechos del proceso”. Pone en cuestión también la imparcialidad de dicho funcionarios, no ya en el sentido de que tuvieran alguna intención de perjudicar al acusado, sino en el de que no pueden desdecirse de lo que ya habían recogido como declaración del mismo en el atestado que hicieron. Y termina diciendo que “la declaración autoincriminatoria de un imputado en sede policial, realizada en condiciones de legalidad previstas en nuestro ordenamiento, podrán, y deberán ser objeto de investigación y los datos obtenidos podrán ser llevados al enjuiciamiento para conformar la convicción judicial..., es decir, pueden ser fuente de prueba pero no son medio probatorio de los hechos enjuiciados”. Y aún con más contundencia añade:

“La admisibilidad de la consideración de prueba a las declaraciones de los funcionarios de policía que recibieron la declaración contradice, gravemente, el principio *“nemo tenetur”*, es decir, el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio y a ser informado del mismo, que nuestro ordenamiento consagra, pues la decisión de no declarar, de no autoincriminarse, ante un órgano con capacidad para conformar en su presencia prueba, en el sentido procesal del término, no puede ser obviado fraudulentamente por la declaración de quienes le oyeron una determinada manifestación”.

Con parecidos argumentos disiente también el Magistrado Ramos Gancedo de la opinión mayoritaria. Tras señalar las diferencias que hay entre la fase de instrucción y el juicio oral en el proceso penal acusatorio, y atribuirle a las diligencias policiales el valor de fuente de prueba, pero no de prueba en sí misma, ya que aún no han sido realizadas con las debidas garantías que implica la presencia judicial, cita varias resoluciones del Tribunal Constitucional que niegan valor probatorio, directo o indirecto, a las declaraciones del imputado en sede policial, y que las diligencias policiales en general, salvo en algunos supuesto de pruebas sobre datos objetivos, croquis, fotos, huellas, pruebas alcohométricas, etc., carecen de valor probatorio alguno, insistiendo que incluso en casos de pruebas anticipadas o preconstituidas, éstas sólo pueden ser valoradas como tales en la medida en que se hayan practicado ante el Juez de Instrucción (arts. 714 y 730 Ley enjuiciamiento criminal). Pero sobre todo a la hora de admitir la

4 Véase STC 31/81. A este respecto dice Teresa ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid 2003, p. 256: “A partir de la STC 31/1981, y recordando el propio tenor literal del art.397 LECrim, se dejó sentado que tanto el atestado policial como las diligencias de investigación que constan en el mismo tienen en principio el valor de mera denuncia. Esta doctrina se consagró posteriormente en la STC de 28 julio de 1981 y ha sido recogida íntegramente en la Sala Segunda del TS”, aunque la propia autora reconoce que a partir de aquí, de una manera excepcional, pero ciertamente frecuente, se reconoce valor de prueba a ciertas diligencias.

posibilidad de la declaración de los funcionarios policiales como “testigos de referencia”, indica Ramos Gancedo que ello, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (que cita), sólo es posible si “concurren dos requisitos esenciales. El primero y fundamental, que los datos sobre que verse la deposición sean de carácter objetivo; y el segundo, que no exista otra forma de constatación de los mismos, porque la correspondiente diligencia original fuera irrepetible. Y, aun siendo así, en todo caso, el empleo de tales testigos de referencia sólo estará autorizado en supuestos de imposibilidad real y efectiva de oír al testigo directo”. En definitiva, según este Magistrado, de lo único que pueden testificar los funcionarios policiales es de “la realidad de la confesión misma (redundante en todo caso al venir firmada y admitida por el que la prestó) y las circunstancias en que la declaración tuvo lugar, pero, en ningún caso, sobre el contenido de la misma”.

La tesis fundamental en la que se apoyan ambos Magistrados disidentes es, pues, la siguiente: La declaración autoinculpatoria ante la policía puede ser una *fuentes de prueba*, pero no un *medio de prueba*. Y esta distinción por más que parezca sutil, es fundamental para diferenciar la distinta relevancia que puede tener un dato, declaración o hecho en la fase de investigación policial y de instrucción, y en el momento del juicio oral. Sucede aquí lo mismo que con la declaración del coimputado⁵. Si alguien en su declaración ante la policía confiesa, por ejemplo, que cometió un asesinato porque otra persona le pagó para que lo hiciera, esta declaración puede ser motivo suficiente para que el Juez de Instrucción acuerde la vigilancia de las conversaciones telefónicas de esta otra persona, la inspección de sus cuentas bancarias buscando alguna transferencia de dinero a nombre del ejecutor material, sus relaciones personales, e incluso en la medida en que crea que eso puede facilitar la investigación, o para evitar que se sustraiga a la acción de la Justicia escapando o pueda destruir pruebas que le inculpen, acordar excepcionalmente y dada la gravedad del hecho del que se le acusa la prisión preventiva; y dictar además auto de procesamiento que lo llevará a ser acusada de inducción a un asesinato en un juicio oral. Pero si el día del juicio oral, el único elemento en el que se basa la acusación sigue siendo única y exclusivamente la declaración del coimputado, y la policía, Juez de Instrucción y, en definitiva, el Ministerio Fiscal no pueden aportar ningún otro dato que pueda confirmar lo que ha declarado respecto a la participación del otro imputado, éste tiene que ser ab-

suelto, y con mucha mayor razón si la declaración que hizo en su contra el coimputado en sede judicial, no ha sido luego confirmada ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral. No se trata aquí de un problema de calificación jurídico material. Evidentemente, si se prueba que un sujeto ha pagado a otro para que mate a su enemigo, la calificación de ese hecho como inducción a un asesinato (o en otros Ordenamientos jurídicos, de homicidio cualificado), no plantea ningún problema. Pero el problema procesal es precisamente demostrar con los medios de prueba admisibles jurídicamente esa inducción. Y por las razones que ya he expuesto con mayor detenimiento en mi monografía “La búsqueda de la verdad”⁶, la simple declaración inculpatoria de un coimputado contra otro, y mucho más si sólo se ha dado en la sede policial y ha sido después negada ante el Juez o el Tribunal en el juicio oral, no puede valorarse como prueba, por más que hasta ese momento haya servido como fuente de prueba para buscar pruebas inculpatorias e incluso para acordar medidas cautelares tan graves como la prisión preventiva.

Lo mismo pasa en el caso enjuiciado en la STS 4 diciembre 2006. Es muy probable que dado el conocimiento que tiene la policía especializada de los sujetos que pueden estar en el entorno del grupo terrorista, pueda sospechar que una determinada persona puede haber realizado labores de información sobre horarios, forma de vida, etc., del Magistrado que luego fue asesinado. Como ya he señalado en otra ocasión⁷, desde el punto de jurídico material no hay ningún problema en considerar coautores a los miembros de un comando terrorista, en el que, en función del reparto de papeles y previo acuerdo y siguiendo un plan ya determinado, uno es el autor material de los disparos, otro espera en el coche para asegurar la huida y un tercero previamente suministró información sobre el lugar por donde iba a pasar la víctima del asesinato; igual que tampoco hay ningún problema en hacer la misma calificación de los intervinientes en un atentado con bomba, en el que uno ha fabricado la bomba, otro la ha instalado en el coche de la víctima y otro la hace estallar. Y la misma calificación se puede hacer, por supuesto, respecto a los que incluso a miles de kilómetros de distancia a través del control del aparato de poder la organización terrorista deciden la realización del asesinato. En todo caso, se acuda a la figura de la coautoría o, en este último caso, a la de la inducción, o simplemente a la de la cooperación necesaria (art.28,2 del Código penal español), que algunos califican de coautoría y otros de una forma

5 Véase al respecto MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª ed., Buenos Aires, 2007.

6 *La búsqueda de la verdad* cit., p. 74 ss.

7 Véase MUÑOZ CONDE, *Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?*, en *Revista Penal* 2002.

de participación castigada como autoría, el problema sigue siendo la prueba, que cuando se refiere a la ejecución material es casi siempre una prueba objetiva basada en conocimientos balísticos, percepción visual de los testigos que presenciaron el atentado, etc.; pero que cuando se refiere a otras formas de intervención puede ser mucho más compleja y difícil de obtener.

Tras la lectura de la STS de 4 diciembre del 2006 y de los hechos probados que obran en la misma, uno tiene la impresión de que tanto la Policía, como el Juez Instructor y los Magistrados de la Audiencia Nacional estaban convencidos de que el acusado había suministrado efectivamente información para la ejecución material del asesinato, porque era un sujeto del entorno afín al grupo terrorista, conocía personalmente al ejecutor material y además lo confesó ante la policía y en presencia de un abogado que en aquel momento le asistía. Y esto motivó también que el Juez acordara su prisión provisional y lo que, ya de por sí es muy grave, lo mantuviera en prisión provisional a la espera del juicio oral durante años. Pero si una vez que se llegó al juicio oral no hubo más elementos probatorios que estos, lo que fue una *fuerza de prueba*, es decir, una razón para investigar más y buscar otros elementos incriminatorios de mayor consistencia jurídica, no puede convertirse sin más en un *medio de prueba*.

B) La STS 487/2015, de 20 julio

La verdad es que tras la lectura de los votos particulares de los Magistrados disidentes en la STS de 4 diciembre de 2006, uno queda reconfortado en el profundo respeto que le merecen la prohibición de valorar como prueba la autoinculpación en sede policial, pero esa impresión queda anulada con la sentencia condenatoria firmada por los otros componentes de la Sala. Dadas las limitaciones que tiene el recurso de casación para volver a valorar la prueba, aquí no se planteaba el

tema de si los Jueces del Tribunal que dictó la primera sentencia condenatoria haciendo uso de las facultades que le brinda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal para valorar libremente las pruebas practicadas en el juicio, llegaron al convencimiento íntimo de la participación del acusado en el atentado que le costó la vida al Magistrado, sino el problema de si ese convencimiento podía jurídicamente basarse en una autoinculpación realizada por el acusado ante la policía y no ratificada luego ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral. Los Magistrados del Tribunal Supremo al confirmar mayoritariamente esta sentencia y el Acuerdo del Pleno al abrir la posibilidad de que estas declaraciones puedan ser admitidas como prueba, confirman la sospecha de que ante sucesos tan horribles como el asesinato terrorista de un compañero cometido por miembros de una banda terrorista que desgraciadamente llevaba cometiendo este tipo de hechos más de treinta años, la tendencia hacia un “Derecho penal del enemigo” o en este caso de un “Derecho procesal penal del enemigo” es algo más que evidente. Y desgraciadamente es algo que subrepticamente se va introduciendo también en la mente y en la praxis de los que tienen como misión principal velar porque se respeten los principios del Estado de Derecho y las garantías y derechos fundamentales del imputado que caracterizan el proceso penal del Estado de Derecho. Es probable que si el hecho no se hubiera tratado de un atentado terrorista tan grave y el acusado no hubiera sido alguien vinculado al grupo terrorista que lo cometió, la tesis acordada mayoritariamente por el Tribunal hubiera sido distinta. Pero si esto fuera así, junto al Derecho penal y procesal del enemigo, se le añadiría también lo que, a mi juicio, es uno de sus signos más relevantes el “Derecho penal de autor”⁸.

Esta desagradable impresión queda, sin embargo, excluida cuando se lee la STS 437/2015, de 20 julio, que ante un supuesto muy similar al juzgado en la STS de 4 diciembre 2006, mantiene exactamente la tesis contra-

8 Sobre las vinculaciones entre una y otra forma de entender el Derecho penal, véase mi monografía *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo* cit. p. 69 ss., 142 s. No cabe duda de que esta conversión del “presunto inocente” en “presunto culpable” es más propia de un Estado autoritario, que de un Estado de Derecho. No deja de ser interesante recordar que uno de los principales partidarios del Derecho penal de autor en la época nazi, Erik Wolf, dijera en los años de la dictadura nazi que “la presunción de inocencia”, no tenía cabida en un proceso penal construido sobre la base de la “fidelidad del ciudadano alemán a la comunidad del pueblo”, porque precisamente por ese deber de fidelidad que le unía a su comunidad tenía la obligación de demostrar su inocencia y restablecer su honor puesto en duda, cuando, por las razones que fueran, recayera sobre él la sospecha de que había cometido un delito (véase Erik Wolf, *Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren*, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, p. 178: “las ideas fundamentales del proceso penal no deberían ser edificadas sobre el caso de excepción de que el imputado sea inocente, sino deben contar con el caso normal de que el imputado sea el autor”; citado por Javier LLOBET RODRÍGUEZ, *Justicia Penal en el Estado arbitrario*, Costa Rica, 2004, p. 111). Sobre el renacimiento de estas ideas y la relativización de la presunción de inocencia y de las prohibiciones probatorias en autores como Pawlik, Lesch o Müssig, próximos al planteamiento funcionalista de Jakobs y a su tesis sobre el derecho penal (procesal penal) del enemigo, véase PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia 2008, p. 248, quien con toda razón las critica y denuncia el peligro que representan para el Estado de Derecho. Sobre éstas y otras aberraciones jurídicas creadas, fomentadas o, en todo caso, fundamentadas dogmáticamente por prestigiosos penalistas alemanes en la época, que luego, sin embargo, ocultaron cuidadosamente su pasado y aparentemente, al menos, volvieron a propugnar el Derecho penal del Estado de Derecho, véase MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª edición, Valencia 2004.

ria, excluyendo la posibilidad de valor como prueba de cargo la autoinculpación de un acusado ante la policía, que luego no es verificada ante el órgano judicial competente. También esta sentencia se basa en un Acuerdo previo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, que cambia completamente el Acuerdo anterior de 28 noviembre de 2006, y abre el camino a la STS que se adoptó pocos días después. Muchos de los argumentos contenidos tanto en este Acuerdo, como en la STS 437/2015, coinciden con los que ya expuse en su día y acabo ahora de reproducir en mi crítica a la STS de 4 diciembre 2006 (véase supra II,A), así que, para no alargar excesivamente este trabajo, me limitaré a exponer sucintamente los aspectos que considero más importantes de la STS 437/2015, en relación con el tema que nos ocupa.

Igual que en la STS del 2006, la del 2015 se enfrenta a un supuesto de hecho muy similar. También aquí se trata de revisar, tras el correspondiente recurso de casación, una sentencia previa de la Audiencia Nacional, por la que se condenó a una mujer, presunto miembro de un comando del grupo terrorista ETA por haber participado en un atentado que costó la vida a un miembro de la Fuerzas Armadas y lesiones a otras personas. La particularidad de los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento previo ante la Audiencia Nacional y luego ante el Tribunal Supremo, es que esta vez no se trataba de valorar la autoinculpación que el acusado, en este caso, la acusada, había realizado en su declaración ante la Policía, sino la heteroinculpación que había hecho contra ella en sede policial otro acusado por el mismo hecho en un proceso diferente. En dicha declaración, no ratificada después en sede judicial, este sujeto declaró que la inculpada juzgada luego en este proceso era la persona que había colocado en los bajos del coche en el que viajaba la víctima que resultó muerta, el material explosivo que causó la deflagración y la muerte de su conductor y lesiones en otras personas que iban en sus respectivos vehículos.

Otra particularidad de este caso es que los Hechos enjuiciados en las respectivas sentencias de la AN y del TS, sucedieron en mayo de 1994, y que por diversas razones, pero principalmente porque la acusada había estado hasta su extradición viviendo en Francia, no fueron juzgados en el correspondiente juicio oral ante la AN hasta enero del 2015, lo que motivó en que se apreciara la atenuante muy calificada de “retrasos indebidos”. Igualmente debe tenerse en cuenta, aunque ello carezca de relevancia jurídica, que mientras tanto se había producido la tregua de ETA, lo que hizo que desde el 2011 no hubiera más atentados cometidos por dicha banda terrorista.

La STS 437/2015 fue precedida, igual que la del 2006, también de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de 3 de junio del 2015, en el que expresamente se declara: “Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en 28 de noviembre de 2006”, tras haber afirmado anteriormente: “Las declaraciones antes lo funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art.714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art.730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron”. No obstante, en la citada declaración se añade una matización que interpretada literalmente puede sonar contradictoria con lo que se acaba de transcribir, cuando dice: “Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítima y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron”.

En todo caso, es evidente que este Acuerdo, tal como se dice expresamente, al sustituir el anterior del 2006, pretende marcar una distinta interpretación de la declaración autoinculpatoria del acusado ante la policía, que luego no es ratificada ante el órgano judicial. Tal declaración, como recoge Granados en su recopilación de los Acuerdos, es consecuencia de la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala tras un Pleno que, según Granados⁹, se inició ya el 27 de mayo y culminó el 3 de junio del 2015, en el que se presentaron dos propuestas de Acuerdo: Una, que sólo obtuvo el respaldo de cinco Magistrados, en la que se admitía que el Acuerdo del 2006 había perdido su eficacia a raíz de la STC 68/2010, pero en la que se consideraba que la autoinculpación ante la Policía podía ser ponderada junto con las declaraciones de los agentes policiales presentes en el juicio oral y en unión de todo el material probatorio para coadyuvar a la convicción. Y otra, que obtuvo 12 votos, y que fue la que finalmente se aprobó y que coincide casi literalmente con el Acuerdo anteriormente transcrito.

Con estos antecedentes, parecía obvio que la STS 437/2015, de 20 de julio, pronunciada pocas semanas después de la adopción del Acuerdo mayoritario, tuviera en cuenta esta opinión, que aunque no sea vinculante, tenía todo el peso de un Acuerdo adoptado por, entre otros, los mismos Magistrados que emitieron luego

9 Ob.a.cit., p. 99 ss.

la citada sentencia; sobre todo, si se tiene en cuenta, que el supuesto tenía connotaciones muy parecidas al que había sido juzgado en la STS de 4 noviembre de 2006: Enjuiciar la participación, en el caso de la STS del 2015, incluso a título de autoría ejecutiva directa, en un atentado terrorista que costó la vida a un militar y produjo lesiones a varias personas, utilizando como única prueba de cargo la declaración inculpatoria ante la policía (en el caso de la STS del 2015 de un tercero) no ratificada luego ante el Juez instructor, ni ante el Tribunal sentenciador.

Una particularidad interesante de la STS 437/2015 frente a la de 4 de diciembre del 2006, es que fue adoptada por unanimidad de los Magistrados que la firman (Joaquín Giménez García (Presidente), Francisco Monterde Ferrer, Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (Ponente), Andrés Palomo del Arco y Ana María Ferrer García), lo que demuestra que de algún modo el criterio que se mantiene respecto al problema aquí planteado se puede considerar como el criterio jurisprudencial que se mantendrá a partir de ahora por dicha sala en casos similares. A él se llega tras un proceso de decantación que culmina en el Acuerdo de 3 de julio, que había sido adelantado por algunas sentencias anteriores del mismo Tribunal, pero sobre todo de importantes sentencias del Tribunal Constitucional que se remontan a la pionera de 1981, en la que se mantuvo ya claramente la irrelevancia probatoria de las declaraciones ante la Policía, a las que todo lo más se le da el carácter de denuncia. Las razones de este criterio son más que conocidas y no hace falta mencionarlas aquí. El principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*) tiene su raíz profunda en la prohibición de tortura y malos tratos, que pueden forzar a un sospechoso de un delito a confesarlo, aunque no haya tenido ninguna participación en él para evitar los malos tratos; de ahí que, en todo caso, sea verdadero o no el contenido esa confesión, la misma no pueda ser utilizada como prueba de cargo. El subterfugio utilizado en otras varias sentencias del TS y no sólo en la de 4 de diciembre de 2006, asumido por el Acuerdo de 28 diciembre 2006, de introducir la declaración autoinculpatoria ante la Policía a través del interrogatorio, en el juicio oral, de los funcionarios policiales en calidad de testigos, ha sido con razón criticado y, como ya hemos expuesto en el comentario a la STS 4 diciembre del 2006, motivó los votos particulares en contra de dos de los Magistrados¹⁰.

La STS 437/2015 en su Fundamento de Derecho Segundo, siguiendo en este punto la STS 4 diciembre 2006, hace una exhaustiva exposición, excesivamente

te prolja por lo demás, de más de veinte páginas, del estado de la jurisprudencia en este punto. De esta exposición se saca la conclusión de que la confusión reinante en la jurisprudencia anterior está muchas veces motivada por la necesidad de encontrar un fundamento jurídico a una convicción íntima de la culpabilidad de un acusado dándole credibilidad a la declaración que en el juicio oral hacen como testigos los agentes policiales que escucharon en sede policial la declaración autoinculpatoria. Es evidente que el primer argumento en contra de esta postura es la posibilidad de que esa autoinculpación se haya conseguido a través de algún medio coactivo o malos tratos del detenido, que directamente pudieran calificarse incluso como tortura, lo que ya desde el primer momento invalidaría como prueba la información así obtenida, al infringir claramente la más importante prohibición probatoria. En este punto, las sentencias del Tribunal Supremo en las que se daba validez probatoria a la declaración autoinculpatoria ante la Policía hacían especial hincapié en que esto sólo era posible si en esa declaración se habían observado todas las garantías prescritas legal y constitucionalmente, principalmente la presencia de abogado y la previa advertencia de que no estaba obligado a declarar, lo que permitía sean reproducidas en el acto del juicio, de modo que quedara suficientemente garantizada la contradicción¹¹. Evidentemente, en esta sentencia no se niega absolutamente la posibilidad, ya admitida en el Acuerdo de 3 de junio del mismo, de que algunos *datos objetivos* contenidos en esa declaración si puedan ser aceptados como pruebas. Si, por ejemplo, el sujeto declaró ante la Policía determinados extremos como horarios, lugar donde se alojaba, matrícula o marca del coche en el que viajaba, edad, profesión, etc, que luego son fácilmente verificables, no hay ningún problema en admitirlos y tenerlos en cuenta en la valoración probatoria y en la sentencia final. Pero lo que no puede admitirse como prueba es la autoinculpación misma, por más que sea luego corroborada en el juicio oral por los agentes policiales que la recibieron, si luego no fue ratificada ante el órgano judicial, y es en este punto donde está la diferencia con la jurisprudencia anterior. Por lo demás, ningún problema hay en admitir otras pruebas que pueden ser suficientes para basar en ellas una condena. Pero si esas otras pruebas no existen o no han podido ser aportadas por la acusación en el juicio oral, la absolución es inevitable.

Este fue el criterio mantenido por el el Magistrado José Ricardo Prada Solaesa el voto particular que añadió a la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2015 (ARP 2015, 260) que condenó a la

10 Véase supra II,A, y lo dicho en MUÑOZ CONDE, *De las prohibiciones probatorias al derecho penal del enemigo* cit. p. 54 ss.

11 En la STS 437/2015 se contiene una relación exhaustiva de las diversas sentencias en las que se mantiene este criterio, por lo que nos remitimos a la misma.

acusada en este mismo caso a la pena de treinta años de prisión. El citado Magistrado, que se pronunció a favor de la absolución, decía al respecto: “*Que no existe prueba de cargo suficiente para la enervación de la presunción de inocencia con la que cuenta de partida la acusada, ya que de la prueba de cargo practicada, por una parte, debe rechazarse cualquier valor probatorio directo e indirecto de la declaración policial no ratificada judicialmente por el testigo coimputado Gabino Desiderio, ni siquiera como base indiciaria o de deducciones o inferencias policiales a través de las que se pretendería construir informes de inteligencia policial con conclusiones probatorias, pero que en cualquier caso, aparte de su no valor, únicamente podrían haber tenido alguna clase de valor probatorio puestos en relación con la declaración policial no ratificada y que pretendería ser objeto de prueba, pero que, como decimos, no lo puede ser de ninguna manera en el presente caso dadas las características y circunstancias de la referida declaración. Por ello considero que la acusada debió haber sido libremente absuelta*”¹².

Una vez sentado este principio, tanto en el voto particular del Magistrado de la Audiencia Nacional, José Ricardo Prada Solaesa, como en la STS 437/2015 se plantea además un problema adicional que igualmente había venido dando lugar a una jurisprudencia contradictoria. Me refiero concretamente al valor de probatorio que puede tener la declaración (en sede policial o incluso judicial) la declaración inculpativa de un imputado contra otro coimputado. En este punto, la jurisprudencia tradicional venía admitiendo que la declaración de un imputado contra otro coimputado podía admitirse como prueba de cargo suficiente, siempre que no fuera debida a “motivaciones espurias que pudieran viciarla”¹³. Este criterio fue paulatinamente completado con la exigencia de que, en todo caso, la declaración del coimputado, para poder efecto probatorio pleno como prueba de cargo, debía ser “corroborada” por otras pruebas objetivas que confirmaran esa declaración. Con ello se evidenciaba ya un punto débil de esta tesis jurisprudencial, pues una prueba que necesita ser corroborada por otras pruebas no es realmente una prueba, o, en todo caso, no es una prueba que por sí sola pueda servir de fundamento a una declaración de culpabilidad. El uso frecuente que de la misma se ha hecho en la persecución de la criminalidad organizada, en casos de terrorismo, narcotráfico, etc, bien con la

llamada “*chiamata di correo*” en Italia, o del “testigo protegido” en USA, dándole valor de prueba a la declaración de un imputado que a cambio de su declaración en contra de otro coimputado recibía una pena menor o incluso la total impunidad, ha motivado severas críticas. Pero la más importante de ellas es, a mi juicio, la que misma no tiene en cuenta determinados principios constitucionales. En primer lugar, porque, si de acuerdo con el derecho fundamental recogido en el art.24 de la CE, ningún acusado está obligado a declarar, una declaración a la que no está obligado, inculcando a otro imputado, es automáticamente sospechosa de que lo hace por algún motivo, bien por resentimiento, odio o enemistad hacia el otro imputado, bien por conseguir una ventaja, cuando el Fiscal le promete a cambio de su declaración una rebaja sustancial de la pena o incluso la total impunidad por el delito en el también ha participado. Pero lo más importante de todo, es que el acusado no sólo no tiene obligación de declarar, sino que si lo hace y declara falsamente queda en la más absoluta impunidad, dado que tampoco puede ser acusado de falso testimonio. Es decir, el derecho a no declarar, también es un derecho a declarar falsamente, en el medida en que no tiene como acusado ninguna responsabilidad por falso testimonio. Estas consideraciones, que ya expuse en mi monografía “La búsqueda de la verdad” anteriormente citada (p. 77 ss.), han sido posteriormente asumidas por la más reciente jurisprudencia, sobre todo a partir de la STC 207/2002, de 11 noviembre, en la que se anula un sentencia condenatoria ratificada por el TS, por la que se condenaba a un acusa de narcotráfico en base exclusivamente a la declaración de otro acusado por el mismo hecho que declaró que, por encargo del otro acusado, recogió en el Servicio de Correos el paquete con la droga. “La sentencia de instancia —dice el TC— se limita a hacer una valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado”, pero en esa declaración no hay ningún dato que corrobore esa afirmación y en consecuencia pueda ser valorado como prueba para otro acusado¹⁴.

Aplicado este criterio al caso enjuiciado en la STS 427/2017, que aquí comentamos, es evidente que junto a la negativa a valorar como prueba la autoinculpación de un acusado ante la policía no ratificada en sede judicial, se añade un segundo criterio que en este caso tiene especial relevancia: la inculpación de la acusada basada en la declaración inculpativa que contra

12 Referencia tomada de los Hechos Probados en la STS 437/2015.

13 Sobre este criterio jurisprudencial véase MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal* cit., p. 74 ss.

14 Véase referencias a esta STS en la 3ª ed. de MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad* cit. p. 86 s. En contra de este criterio emitió un voto particular el Magistrado Roberto García Calvo, alegando que la misma supone un cambio respecto a la jurisprudencia constitucional anterior “imponiendo una nueva exigencia, una prueba distinta que acredite que el acusado es autor de los hechos que se le imputan”; pero precisamente es en este punto donde radica la importancia de esta sentencia, con la que el citado Magistrado no está de acuerdo.

ella hizo en sede policial otro acusado, que luego no la ratificó en sede judicial, no puede tampoco ser admitida como prueba por esta segunda razón. Esto queda claramente expuesto en el Fundamento Cuarto de la STS 437/2017:

“Ahora bien que las declaraciones policiales del coimputado se prestaran con observancia de las formalidades y garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, o no es suficiente para que pueda atribuirse eficacia probatoria. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia, con el exclusivo apoyo en una declaración policial en la que el imputado reconozca su participación y, menos aún, cuando tal declaración provenga de un coimputado que reconociendo, o no, su participación, implique a otra persona en la comisión de los hechos. No olvidemos en relación al valor de las declaraciones de coimputados como prueba de cargo que, de una parte los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su propia coherencia interna, carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren no en cualquier punto sino **en relación a la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados** (sic, destacado en negritas en el original); y de otra, que si la declaración policial de un coimputado no es válida, como tal, para enervar la presunción de inocencia, resulta ya irrelevante la suficiencia o insuficiencia de su corroboración, una vez que se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar”.

La solidez y la coherencia de este Fundamento me parece irrefutable: Si la autoinculpación ante la Policía no tiene carácter de prueba, mucho menos debe tenerla cuando es una declaración heteroinculpatória. A eso poco más puede añadirse. Este criterio coincide con el que vengo manteniendo desde 1977, en que lo expuse

en la Lección magistral que impartí como inauguración del curso 1997/98 en la Universidad Pablo de Olavide, y que he venido luego manteniendo en las diversas publicaciones citadas anteriormente de carácter procesal en las que me he ocupado de estos y otros temas. Constituye para mí, por tanto, motivo de satisfacción verlas ahora confirmadas en la más alta instancia judicial española. No debe ser fácil ni cómodo transformar una sentencia condenatoria a treinta años de prisión pronunciada por la Audiencia nacional contra una acusada de haber puesto una bomba lapa en el coche que estalló pocos minutos después de que la víctima que murió en el atentado había dejado a su hija en el colegio, en una absolución simplemente porque la única prueba (que no lo es realmente) contra la misma era la declaración prestada en sede policial por otro acusado que luego no la ratificó en sede policial, y sin que hubiera otras pruebas que corroboraran esa declaración. Pero la grandeza del Estado de Derecho y de uno de sus pilares fundamentales, la independencia del Poder Judicial, se demuestra precisamente cuando unos Magistrado coherentemente con los principios constitucionales y normas jurídicas que son las únicas que los vinculan, llegan a la conclusión de que por encima del convencimiento personal, del rechazo que suscita un hecho tan grave como del que era acusada la inculpada y de la probable vinculación de ésta con el grupo terrorista ETA, está el principio de la presunción de inocencia y de que nadie puede ser condenado más que en base a pruebas obtenidas lícitamente y que realmente merezcan el calificativo de verdaderas pruebas de cargo.

Por todo ello, dedico este trabajo a Perfecto Andrés Ibañez, y a todos los Magistrados que, como él, ponen por encima de sus convicciones o ideologías los principios del Estado de Derecho y, por encima de todo, el respeto a los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, entre ellos la presunción de inocencia, base y guía de todos los demás.