



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Confesión y posterior retractación del inculpado
en el proceso penal

Autor

Reyes Rita Bernués Sevil

Director

Prof. Dr. D. Ángel Bonet Navarro

Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza

Curso 2016/2017

SUMARIO

	<i>Página</i>
AGRADECIMIENTOS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
<i>CAPÍTULO I</i>	
CONCEPTOS FUNDAMENTALES.....	12
1. CONFESIÓN Y RETRACTACIÓN.....	12
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	16
2.1. MEDIOS DE DEFENSA.....	16
2.2. MEDIOS DE PRUEBA.....	18
3. SUJETOS.....	19
3.1. CONFESANTE.....	19
3.2. ÓRGANO.....	21
4. OBJETO.....	24
5. CLASES.....	26
5.1. SEGÚN LA FORMA POR LA CUAL SE REALIZA.....	26
A) Oral.....	26
B) Escrita.....	26
5.2. SEGÚN LA INICIATIVA DEL CONFESANTE.....	27
A) Voluntaria.....	27
B) Provocada.....	28

5.3. SEGÚN LA EXTENSIÓN DE LO REVELADO POR EL CONFESANTE.....	28
A) Total.....	28
B) Parcial.....	28
5.4. SEGÚN EL FIN AL QUE EL CONFESANTE QUIERA LLEGAR.....	29
A) Simple.....	29
B) Cualificada.....	29
5.5. SEGÚN EL MOMENTO EN EL QUE SE REALIZA LA CONFESIÓN.....	29
A) Extrajudicial.....	30
B) Judicial.....	31
5.6. ATENDIENDO A LA SITUACIÓN PROCESAL DEL CONFESANTE.....	31
A) Investigado.....	32
B) Procesado.....	33
C) Encausado.....	33
D) Acusado.....	34
E) Condenado.....	34
5.7. ¿Es CONFESIÓN LA INCLUIDA EN LOS DISTINTOS TIPOS DE CONFORMIDAD PRESTADA POR EL IMPUTADO?.....	34
5.8. ¿CABE LA CONFESIÓN TÁCITA EN EL PROCESO PENAL?.....	35
6. GARANTÍAS.....	37
6.1. CONSTITUCIONALES.....	37
6.2. LEGRIM.....	38
A) Derecho de defensa.....	38
B) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración.....	39
C) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.....	40

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CONFESIÓN..... 41

1.	PRESTADA EN EL ATESTADO FORMADO POR LA POLICÍA JUDICIAL.....	41
2.	PRESTADA EN EL PROCESO..... 45	
2.1.	FASE DE INSTRUCCIÓN..... 45	
A)	Sumario..... 45	
B)	Diligencias previas..... 48	
C)	Diligencias urgentes en el juzgado de guardia..... 50	
2.2.	FASE DE JUICIO ORAL..... 51	
2.3.	RECURSOS..... 51	
A)	Apelación..... 51	
B)	Casación..... 53	
2.4.	PROCESO PARA LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL..... 53	

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RETRACTACIÓN..... 55

1.	CAUSAS..... 55	
1.1.	NUEVAS PRUEBAS Y DEFENSA..... 55	
1.2.	COMO MÉTODO PARA FAVORECER A OTRAS PERSONAS..... 57	
1.3.	ARREPENTIMIENTO TARDÍO..... 58	
1.4.	BÚSQUEDA DE REBAJA DE LA PENA..... 59	
2.	CONTENIDO..... 60	
3.	FINALIDAD..... 61	

4.	INSTRUMENTO PARA LA RETRACTACIÓN.....	62
4.1.	DECLARACIÓN.....	62
A)	Voluntaria.....	62
B)	Interrogatorio.....	62
5.	EFFECTOS.....	63
5.1.	AL PRACTICARSE.....	63
5.2.	AL VALORARSE.....	64
CONCLUSIÓN.....		66
BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS CONSULTADOS.....		69

AGRADECIMIENTOS

Agradezco los generosos consejos científicos y la implicación del Prof. Dr. D. Ángel Bonet Navarro.

A los que siempre me apoyan, y en especial a mi abuelo D. Miguel Sevil Gómez.

INTRODUCCIÓN

Mi inquietud viene a raíz de los innumerables casos en los que un investigado confiesa la realización de un hecho punible, con todas las consecuencias que eso acarrea. Posteriormente, en sede policial o en sede judicial, se desdice de aquel acto voluntario, se retracta y se declara inocente. Ahí es cuando me pregunto sobre el tratamiento procesal que se debe tener en cuenta cuando esto ocurre, y los diferentes caminos que el proceso debe tomar según la motivación del inculpado para declararse primero culpable y después desdecirse de lo anterior.

Ante lo anterior, pensé si sería sencillo que después de una autoinculpación se pudiera tan fácilmente, primero, que le creyeran o si sería necesario alguna prueba más, o si por el hecho de autoincriminarse las presunciones se volvieran firmes. Y segundo, si en las posteriores declaraciones se pudiera persuadir a todos los órganos que participan durante el proceso penal, y pudiendo ser así me preguntaba, ¿cómo? Me resultaba especialmente difícil. Pero suponía que todo dependía de la solidez de las declaraciones, y de lo que le ayudaba a ellas a considerarse como válidas o ciertas.

Desde una perspectiva técnica me introduzco en el tema de las declaraciones que hacen los investigados que más tarde serán considerados como inculpados por su autoincriminación, de su tratamiento procesal. Y de cómo se deben mantener las garantías procesales del inculpado durante ese proceso y durante su posterior cambio de declaración para eximirse de toda la responsabilidad aceptada por este mismo.

De forma sencilla, el enfoque que le he querido dar a esta investigación al desarrollar todos los epígrafes es el de conectar el anterior con el posterior, yendo de lo general a

lo específico. Y poco a poco introducir el tema que más interesa, la retractación.¹

Con esta investigación quiero aportar la concreción de ideas que trasmite la doctrina, así como la interpretación que hago de ellas. Ilustrando en este trabajo cómo esos mecanismos procesales actúan en la práctica. Concentrando toda esa información aportada gracias al ordenamiento jurídico, jurisprudencia y artículos de revistas de Derecho Procesal. Comprometiéndome a concentrar toda esa información, por la dispersión de información que existe sobre la confesión y la retractación. Me refiero con ello a la variedad de estudios que tratan este tema de manera general y sucinta. Pues bien, con este estudio quiero intentar desarrollar más este tema y estudiar aspectos más concretos.

En alguno de los epígrafes me ha supuesto un reto encontrar fuentes de información que relataran de manera extensa el tema que quería tratar, de ahí que opine que la información, en alguno de los temas a investigar, sea sucinta. Con lo cual he tenido que esforzarme más en interpretar los datos. Me refiero por ejemplo al epígrafe 5, Capítulo I, sobre las clases de declaraciones en la cual el individuo confiesa y al Capítulo III, sobre la retractación.

Con esta investigación quiero obtener resultados objetivos sobre el procedimiento de reconocimiento por parte del órgano judicial del cambio de las declaraciones del inculpado para eximirse de la responsabilidad criminal. Estudiar la metodología procesal para dar credibilidad al que previamente se ha declarado culpable. Ver si en

1 Cfr. *Eumed.net*. Disponible en internet: http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/mirm/cualitativo_cuantitativo_mixto.html (Fecha de acceso 13 de septiembre de 2017): Gracias a la ayuda del método deductivo asociado con la investigación cuantitativa, cuya característica es ir de la explicación, o confrontación de ideas, más generales a las específicas. Según el autor de la obra *Metodología de la investigación* de Roberto Hernandez Sampieri, al elaborarlo de este modo se consigue llegar a lo particular de una forma ordenada y racional.

ese proceso se cumplen todas las garantías. Tener en cuenta si este proceder va a cambiar dependiendo del momento en el que se encuentre el proceso. Profundizar en las distintas autoridades que pueden recibir ese revés en el devenir del Proceso, cómo estudian ese cambio.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. CONFESIÓN Y RETRACTACIÓN

Del latín, *confessio*, según la Real Academia Española (en adelante RAE), “confesión” es la ‘declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro’. Y con otra acepción, ‘declaración personal del litigante o del reo ante el juez en el juicio’.² El significado semántico de confesión hace referencia a la palabra declaración, la cual, según la RAE dice ser ‘manifestar, hacer público’, o como su significado etimológico nos dice, *declarare (de-clarare)*; ‘clarificar’ es decir, dejar algo bien claro.³ Existen variadas acepciones para la palabra declaración pero la que se aproxima más a un significado jurídico dice así; ‘manifestar ante el órgano competente hechos con relevancia jurídica’.⁴

Vayamos ahora a determinar el significado y la etimología de “retractación”. Según la RAE, se trata de la ‘acción de retractarse, revocar lo dicho’. Al mirar el infinitivo, la RAE lo define como ‘revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello’.⁵ Su etimología nos dice que “retractar” viene del latín *retractare* y significa ‘volver por el mismo camino, revocar lo dicho’, el prefijo *re-* quiere decir ‘hacia atrás’ y *-tractus-* es igual a ‘trecho’.⁶

2 *Diccionario de la lengua española*. Disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=AEYGVvc> (Fecha de acceso 17 de abril de 2017).

3 *deChile.net*. Disponible en Internet: <http://etimologias.dechile.net/?declarar> (Fecha de acceso 9 de septiembre de 2017).

4 *RAE. Op. Cit.* Disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=BxiWP4r> (Fecha de acceso 9 de septiembre de 2017).

5 *RAE. Op. Cit.* Disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=WJF1ZEi> (Fecha de acceso 9 de septiembre de 2017).

6 *DeChile.net. Op. Cit.* Disponible en Internet: <http://etimologias.dechile.net/?retractar> (Fecha de acceso 12 de septiembre de 2017)

Dentro del Derecho Procesal, tanto la confesión como la retractación no dejan de ser una declaración. “Declaración” entendida según la RAE como; ‘manifestación formal que realiza una persona con efectos jurídicos, especialmente la que hacen las partes, testigos o peritos en un proceso’.⁷

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim, se exponen los artículos en los que se va a tener referencia para una completa investigación. El artículo 406, sobre la *confesión del procesado* y el artículo 405, sobre la *retractación del procesado de las declaraciones anteriores*.

Con la confesión, el sujeto indica o señala su participación delictiva, en la que reconoce ser autor o partícipe de un ilícito penal.⁸ Esta declaración se presta ante una autoridad competente, la cual será diferente según la fase en que el proceso se encuentre.

Tendremos en cuenta que, la declaración de confesión no hace que al investigado se le imputen esos hechos de forma automática. Pues será necesario que se practiquen las diligencias necesarias para determinar la veracidad de lo manifestado. El artículo 406 de la LECrim retrata la obligación que tienen el juez de instrucción para averiguar de forma clara y completa la autenticidad de la confesión. Fijémonos en el comienzo del párrafo primero de dicho artículo; «la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar las diligencias necesarias al fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito».

7 RAE. *Op. Cit.* Disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=BxamUxw> (Fecha de acceso 1 de octubre de 2017)

8 PIMENTEL ZEGARRA, A. “La confesión sincera en el proceso penal”, *Diario correo, opinión*, disponible en internet <https://diariocorreo.pe/opinion/la-confesion-sincera-en-el-proceso-penal-344667/> (Fecha de acceso: 1 de octubre de 2017)

La LECrim no elimina la carga que tiene el juez de instrucción en realizar las correspondientes diligencias, ya no sólo para convencerse de la veracidad de lo confesado, sino para autentificar la existencia del delito y tipificarlo.

Hay que decir que la necesidad de otorgarle validez probatoria a la confesión ha tenido sus adeptos y sus detractores. Una de las doctrinas apoya lo que comentábamos anteriormente. Se ayuda de jurisprudencia que atiende de manera restrictiva a la literalidad del artículo 406, centrándose en la expresión «[...] no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias [...»». Buena prueba de ello están las sentencias del Tribunal Supremo 193/2008, de 30 de abril, 665/2011, de 28 de junio, y 726/2011, de 6 de julio.⁹

Por otro lado, existe también un sector que opina lo contrario. Esta corriente se apoya en que la confesión provoca el decaimiento de la presunción de inocencia. Cuando sólo existe la declaración autoinculpatoria del investigado, se reconocerá como prueba siempre que la declaración sea verosímil y se hayan cumplido todas las garantías procesales.¹⁰

Nos podemos dar cuenta que estas dos doctrinas llegan a un mismo punto. La protección de los derechos fundamentales y de las garantías del proceso. Podemos decir que la primera visión se acerca a ese punto de manera activa, y la segunda, de manera pasiva.

A través de la retractación aparece la figura de la rectificación de las declaraciones anteriores. El artículo 405 de la LECrim deja claro que se deberá proceder al

9 *Apud.* ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. Á., *et al.*, *Ley de Enjuiciamiento Criminal con jurisprudencia sistematizada*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2017, p. 461.

10 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. A., *et al.*, *Op. Cit.*, pp. 461 y 462.

interrogatorio del procesado para determinar los motivos y el objetivo del cambio en sus declaraciones posteriores.

Como probaremos más adelante, al igual que ocurre en la declaración autoincriminatoria, cuando acontece retractación o contradicción en las declaraciones posteriores, la doctrina general atiende a examinar de forma pormenorizada todos los documentos, como pruebas, informes de peritos y los hechos, para contrastar esos cambios que ha hecho el procesado en las declaraciones. Se hace de esta forma para que, a la hora de sentenciar, al tribunal no le quede ninguna duda. Incluso en el mismo juicio oral se les preguntará a los procesados sobre la calificación penal que se les atribuye, para que así manifiesten su aceptación o no.¹¹

La doctrina general mantiene que, para contribuir a la veracidad de las declaraciones, y más para las retractaciones en las posteriores, se necesitará el apoyo de otros medios de prueba. Así lo demuestra la STS 1357/2002, de 15 de julio.¹²

11 Cfr. Artículos 688 a 700 de la LECrim.

12 Cfr. STS 1357/2002, de 15 de julio: «[...] Todo ello ha permitido, sin duda alguna, al Tribunal sentenciador formar su criterio sobre la veracidad de las declaraciones del acusado, relacionando las distintas versiones dadas por el mismo con los diferentes datos objetivos aportados en la instrucción (conclusiones de la autopsia, manchas de sangre, efectos intervenidos en el vehículo del acusado, etc., junto con los correspondientes dictámenes periciales) [...].».

2. NATURALEZA JURÍDICA

La declaración prestada puede considerarse como medio de prueba¹³ o de defensa. Es un elemento básico para abrir diferentes líneas de investigación. Además puede aportar los indicios clave para configurar, gracias a la verificación con diferentes medios de prueba, la veracidad de los hechos enjuiciados con posterioridad. Las garantías que rodean al interrogatorio están asentadas en darle efectividad, para ser considerada como una posterior prueba verificada. Y en apoyar al declarante, para poderse constituir como derecho de defensa.

2.1. MEDIOS DE DEFENSA

Según el artículo 400 de la LECrim, existe libertad para poder declarar cuantas veces se quiera, existiendo sólo una limitación; que la declaración tenga relación con la causa. Este hecho se relaciona con el derecho de defensa, pues se debe tener en cuenta para garantizar que los derechos del investigado y encausado durante el proceso se cumplan, y uno de esos cauces es darle la posibilidad de poder manifestarse y de poder ser oído no sólo cuando las autoridades judiciales quieran. El propio individuo tendrá libertad para poderse manifestar cuando quiera, del modo que quiera, y con todas las garantías.

El párrafo primero del artículo 396 de la LECrim es clave para la utilización de las declaraciones como medio defensivo para el procesado, pues se le permitirá realizar declaraciones con el objetivo de exculparse, además de con el objetivo de explicar los hechos. La explicación de los hechos es objetivo fundamental para defenderse, pues

13 Cfr. Como medio de prueba para fijar los hechos: ROMERO COLOMA, A. Mª., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Madrid, Reus S.A., 2009, pp. 92 y 93.

podrá desvirtuarlos a su favor. O, desde otro punto de vista, podrán suponer medio de prueba para clarificar la investigación.

El derecho de defensa «constituye una garantía básica del imputado que le permite declarar con libertad de argumentación para desvirtuar la acusación que contra él se formula».¹⁴ Tal es así que, incluso se le da la posibilidad al imputado de «mentir» para salvaguardar su defensa. Nos referimos con esto a la aptitud que puede mantener el imputado en sus declaraciones, su ofrecimiento o colaboración en el interrogatorio puede verse soslayado por una aptitud de reticencia a contar toda la verdad o, lo que hemos comentado anteriormente, tratar de deformar los hechos a su favor. Esto se ha llegado a entender como el «derecho a mentir».¹⁵

Debemos tener en cuenta que la mentira puede formar parte de la estrategia defensiva, pero la falsa atribución a otra persona del propio delito, entra en conflicto con la estrategia defensiva. De esta forma se incurre en el delito de falso testimonio. Por tanto, hay que diferenciar la mentira como método exculpatorio de la «falsa imputación del delito a otra persona, o, incluso, la simulación de la propia responsabilidad».¹⁶

A razón de lo anterior, y por el bien de esclarecer los hechos, es necesaria la valoración posterior de lo declarado, pero nunca deberá tomarse la revelación de la mentira descubierta como constatación inmediata de la participación o no participación del declarante en el hecho criminal.¹⁷

14 Cfr. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *El interrogatorio del imputado*, Valencia 2001, p. 59.

15 Vid. Nota 14.

16 Cfr. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *Op. Cit.*, p. 60.

17 Vid. Nota 16.

2.2. MEDIOS DE PRUEBA

¿Podemos afirmar que una declaración puede considerarse como medio de prueba? Y si en la declaración el individuo se presenta como autor de los hechos ilícitos, ¿puede verse afectado ante lo que aparenta ser una prueba irrefutable para su posterior condena? Todo depende de cómo se haya obtenido dicha declaración, y si esa declaración puede ser verificada mediante las diligencias pertinentes.¹⁸

Se pretende con ello estudiar los medios por los cuales se ha llegado a que el declarante confiese. Y después, destapar si la autoincriminación concuerda con los hechos delictivos, y por tanto, pueda ser considerada esa confesión como prueba, o por lo menos, pueda formar parte de los indicios que le encaminen a ser encausado. De esta manera se procederá a configurar la declaración, entendiéndolo así tanto si es de confesión como de retractación de los hechos confesados anteriormente, dando relevancia a la declaración que refleje completamente el hecho punible.

18Cfr. Artículos 405 y 406 de la LECrim, sobre la necesidad de ser interrogado para llegar al convencimiento de lo declarado, y para la explicación del delito, y los motivos por el cual, en este caso el procesado, ha llegado a declararse como autor o partícipe, o el por qué del cambio en la última declaración.

3. SUJETOS

3.1. CONFESANTE

Podemos determinar que existen diferentes acepciones para los sujetos confesantes, según los diferentes momentos procesales en el que se confiese. Si se encuentra en la fase de reconstrucción del sumario, primero como testigo antes de autoincriminarse. O si se encuentra como encausado, en la fase de calificación y durante el juicio oral esperando a ser condenado en la sentencia.

Cuando el sujeto está siendo investigado y cuenta con la calificación de testigo declarante, ¿qué ocurre cuando se manifiesta como autor o partícipe del delito? El Tribunal Constitucional en la sentencia 135/1989, de 19 de julio, esclareció las posibilidades de poder incurrir en declaración viciada cuando el testigo declarante admitía en parte un hecho revelador para su imputación como autor, y es que, se deben tener en cuenta los derechos del artículo 118 de la LECrim. En dicha sentencia se dice que, en tal caso, se le debía proveer con asistencia letrada, ya que estaba dando indicios suficientes para dar a conocer que era portador del arma con la cual se realizó el hecho punible. Parece ser que no se procedió de este modo, y tal declaración se tuvo como viciada.¹⁹

19 STC 135/1989, de 19 de julio: «[...] el juez [...] hace intervenir a aquél, como única persona, en el reconocimiento de unas armas, [...] que manifestó [...] que él había traído tales armas y se las llevó a Alberto, a quien enseñó a manejarlas, es otro factor que debió pesar en el ánimo del juez para citar al hoy recurrente como imputado, [...]. La pretensión del recurrente en amparo consiste en que declaremos nulo el Auto de procesamiento [...]. Para resolver sobre lo que se nos pide hemos de analizar si en el auto se pone de manifiesto la existencia de hechos indiciarios y si, de existir, son calificados arbitrariamente como indicios racionales de criminalidad, o, por el contrario constituyen en principio una base razonable del procesamiento. Y, asimismo, si aun cumpliendo, si las cumplen, las anteriores exigencias, proceden todos y sólo de la viciada declaración (sobre el reconocimiento del arma). Si en el auto de procesamiento concurren los dos primeros requisitos, caerá por su peso la queja relativa a la violación del derecho a la presunción de inocencia. Si en el auto se recogen indicios procedentes de diversas diligencias sumariales al margen de la viciada, habrá que rechazar la supuesta vulneración del derecho fundamental del 17.1 CE en conexión con el 24.2 CE y con el 118 de la LECrim [...].».

El autor de *El interrogatorio del imputado*; José Alberto Revilla Gonzalez señala que, cuando de la declaración se extraiga un indicio de culpabilidad, se deberá evitar que pueda llegar a más. La LECrim tiene mecanismos para que el declarante, no sea considerado imputado por ello, ni considerar todavía la declaración como indicio o prueba, se trata de los mecanismos del artículo 393 de la LECrim con referencia al apartado *h* del artículo 118.²⁰

Según lo anterior, el confesante no debe de ser considerado todavía encausado, puesto que, antes de ello se debe investigar si es válida la confesión; si se ha realizado conforme las garantías procesales.

Por otra parte, el objeto de la declaración es la averiguación de los hechos.²¹ De esta manera, se deja libertad al ya considerado en el proceso penal como procesado, para que pueda explayarse y que pueda contar todo lo que quiera con referencia a lo sucedido, a tenor del artículo 396 de la LECrim.

Puede ser que el procesado se acoja al derecho a no declarar. Sin embargo en la fase de juicio oral tendrá la oportunidad de confesar su autoría o participación.²² El autor del delito tiene posibilidad de confesar incluso cuando ya se conoce su responsabilidad penal, cuando el delito ya está tipificado y se procede a condenarle por ello.²³

20 Cfr. REVILLA GONZÁLEZ, J. A. *Op. Cit.*, p. 76.

21 Cfr. Artículo 385 de la LECrim.

22 Cfr. Artículo 689 de la LECrim.

23 Cfr. Artículo 694 de la LECrim, para un único procesado y artículo 697 para si hubiere varios procesados. «De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables», al inicio del juicio oral, antes de examinar las demás pruebas.

3.2. ÓRGANO

¿Ante quién se va a realizar la confesión? Recabando información desde la LECrim, la respuesta va a concurrir entre las diferentes fases del proceso penal.

- La confesión en las dependencias policiales, como fase preprocesal. El artículo 259 de la LECrim expresa la obligación de denunciar el hecho delictivo. El concepto de denunciante se precisa en la jurisprudencia. Se entiende como denunciante al sujeto que expresa la realización del hecho cometido por otro sujeto, identificando o no al autor, o incluso no conociendo el autor pero, al menos, aportando hechos supuestamente ilícitos.²⁴
- Durante la comprobación del delito y la averiguación del delincuente, en los artículos 326 y ss. de la LECrim, se observa que se han dejado vestigios que llevan al reconocimiento de los hechos y al autor del delito. ¿Podemos decir que es un modo no voluntario de confesión ante los investigadores? Y que, ¿gracias a la existencia de esos vestigios se podrán esclarecer los hechos ocurridos e incluso, pueden convertirse en pruebas fidedignas para identificar al autor? Pero con arreglo a la doctrina general, en mi opinión, no puede considerarse confesión a algo que no ha sido reconocido libremente ni voluntariamente ni expresamente por el propio autor. Con lo cual, los vestigios no pueden ser considerados como una afirmación tácita de confesión de la autoría, pues además, como veremos en el epígrafe 5.8 de este trabajo, la confesión tácita no cabe en el proceso penal. Aunque, es cierto que la recopilación de aquellos vestigios sirven para contribuir al esclarecimiento de los hechos que están siendo investigados.²⁵

24 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. Á., *et al. Op. Cit.*, p. 173.

25 Cfr. Párrafo tercero del artículo 326 de la LECrim.

- Durante la instrucción. El procesado prestará declaración ante el juez de instrucción, y podrán estar presentes tanto el acusador privado como el actor civil, si así lo considera el juez de instrucción, artículo 385 *in fine* de la LECrim. El objetivo de esas declaraciones es la averiguación de los hechos,²⁶ aunque, libremente podrá confesar los hechos o su autoría a tenor del artículo 406 de la LECrim.

Los testigos declararán ante el juez de instrucción o municipal según el artículo 421 de la LECrim. Incluyo a los testigos ya que, puede haber posibilidad de que la declaración para averiguar los hechos se convierta en una confesión proclamándose como autor. El testigo llamado a declarar lo hará ante el juez de instrucción y en presencia del secretario.²⁷ Cuando el testigo se autoincrimina, el párrafo primero del artículo 384 de la LECrim se referirá a este como procesado, al existir un indicio criminal sobre él. Después pasará a declarar como procesado en lugar de testigo.

- En la celebración del juicio oral, corresponde al presidente del tribunal preguntar a los procesados, como manifiesta el párrafo segundo del artículo 688 de la LECrim, si afirman la calificación delictiva determinada para practicar el juicio.
- Confesión extrajudicial. Aurelia M^a. Romero Coloma hace referencia a esto en *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*. Los agentes encubiertos se esconden en lugares donde puedan oír conversaciones delictivas, antes o después de ser realizadas. Las conversaciones deben examinarse después para tratarlas como confesión.²⁸ Según el párrafo tercero del artículo 282 bis.1 de la LECrim, la información obtenida por esos agentes encubiertos deberá ser comunicada con la mayor brevedad ante quien autorizó dicha investigación, es decir, según el mismo artículo al inicio, tanto el juez de instrucción como el Ministerio Fiscal, eso sí,

26 Cfr. Artículo 385 de la LECrim.

27 Cfr. Artículos 421 y 435 de la LECrim.

28 Cfr. ROMERO COLOMA, A. M^a. *Op. Cit.*, p. 127.

Reyes R. Bernués Sevil

previamente informado el juez.

4. OBJETO

Uno de los diferentes propósitos que tiene la declaración del imputado es conocer y averiguar los hechos y la participación del imputado.²⁹

Como medio para averiguar los hechos, se procederá a enseñar al imputado sobre los objetos encontrados con relación al hecho delictivo. Como método para ahondar en el conocimiento de lo sucedido. De esta manera se procederá a preguntarle por ellos siguiendo el procedimiento del artículo 391 de la LECrim.³⁰

Una de las características de la declaración es, la espontaneidad. El artículo 397 de la LECrim así lo establece. Ello puede hacer que las declaraciones anteriores puedan verse perturbadas por contradicciones y retractaciones por las declaraciones posteriores. En ese caso, estas serán objeto de aclaración por parte del imputado mediante otra declaración.³¹ En ella, el imputado será «invitado» a dar explicaciones sobre ello, y a que motive el cambio en sus declaraciones. Por tanto, es previsible que entre una y otra declaración se produzcan modificaciones en el discurso del imputado y que se deba hacer otra para que dé explicaciones.

29 Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, Atelier (Libros jurídicos) 2014, p. 219.

30 Art. 397 LECrim:

«Se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que constituyen el cuerpo del delito o los que el Juez considere conveniente, a fin de que los reconozca.

Se le interrogará sobre la procedencia de dichos objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder y, en general, será siempre interrogado sobre cualquier otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad.

El Juez podrá ordenar al procesado, pero sin emplear ningún género de coacción, que escriba a su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida la considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya.»

31 Cfr. Artículo 405 de la LECrim.

El reconocimiento de los hechos es importante porque puede impulsar la investigación o puede abrir la vía de la conformidad con la acusación según el artículo 779.1.5^a de la LECrim y posibilitar que el juicio oral acabe y se pronuncie la sentencia.³²

32 Esto ocurre cuando el acusado, durante el juicio oral, es preguntado por el presidente del tribunal si está de acuerdo o no con la calificación delictiva: Artículos 694 y 697 de la LECrim.

5. CLASES³³

5.1. SEGÚN LA FORMA POR LA CUAL SE REALIZA

A) Oral

Al inicio del artículo 390 de la LECrim dice que, los procesados responderán de manera oral durante la declaración.

Si el procesado no conoce el idioma o fuera sordomudo, dice el artículo 398 de la LECrim en relación con los artículos 440, 441 y 442 que, se le nombrará un intérprete. La contestación se hará también de forma oral. Se podrá además traducir y, tanto las preguntas como las respuestas se entregarán por escrito.

Durante el juicio oral, el Presidente preguntará de manera clara y precisa al procesado sobre si está de acuerdo con la calificación delictiva que se les ha otorgado. La contestación, tanto si es para afirmar y así confesar, como la negación a aceptar dicha calificación, será exigida de manera «categórica». El artículo 693 de la LECrim no habla de oralidad, pero se entiende que es un proceso directo y, por tanto, oral.

B) Escrita

El artículo 390 *in fine* de la LECrim, promulga la opción de contestar por escrito cuando existan respuestas difíciles de contestar oralmente. Además se tendrá en cuenta «apuntes o notas» para clarificar las declaraciones.

33 Esta clasificación ha sido llevada a cabo mediante el estudio pormenorizado de la LECrim y los consejos del director, el Prof. Dr. D. Ángel Bonet Navarro.

El artículo 391 en su párrafo tercero de la LECrim, manifiesta otra cosa diferente. Y es que «el Juez podrá ordenar al procesado, [...], que escriba algunas palabras o frases [...].» Esto se realiza con el objetivo de comparar algún escrito que se le atribuya al procesado, de esta manera se despejará la duda de que pueda estar, o no, escrito por este. Esto parece ser más una prueba caligráfica que vaya a examinar un perito después.

5.2. SEGÚN LA INICIATIVA DEL CONFESANTE

A) Voluntaria

La voluntariedad de la confesión se puede ver mediante la libertad que otorga la Ley a los sujetos a hacer cuantas declaraciones quieran. Así se manifiesta en los artículos 385 y 400 de la LECrim. Así mismo también existe la posibilidad de que, voluntariamente, el llamado a declarar tenga la opción a no hacerlo, e incluso, a no declarar contra sí mismo.³⁴ Estos derechos son la garantía de que los declarantes, si confiesan, lo harán de forma voluntaria. El interrogatorio se deberá realizar conforme el artículo 389 de la LECrim.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 29 de marzo de 2005, aborda lo comentado. Valora una declaración prestada mediante engaño, podríamos decir que fue provocada. Se estudió si tal declaración fue prestada a consecuencia de su libre voluntad. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003, estableció que, «la confesión del imputado ha de ser libre, voluntaria e informada».³⁵

34 Cfr. Artículo 118 de la LECrim.

35 Cfr. ROMERO COLOMA, A. M^a. *Op. Cit.*, p. 133.

B) Provocada

No se deberá llegar a que el sujeto confiese mediante la utilización de medios amenazantes, ni de preguntas de forma capciosa o sugestiva, ni utilizando las coacciones.³⁶ Cualquier forma de impulsar la confesión estaría dañando el derecho de defensa del artículo 118 de la LECrim.

Si se provoca la confesión, las declaraciones no deberán ser tomadas en consideración.³⁷

5.3. SEGÚN LA EXTENSIÓN DE LO REVELADO POR EL CONFESANTE

A) Total

Implica el reconocimiento total de su autoría o participación. Reconocerá los hechos, e incluso colaborará activamente en la investigación.

B) Parcial

Proviene de la aceptación de una parte de los hechos. Cuando contesta verídicamente a algunas preguntas que se le realizan durante el interrogatorio pero no deja claro algo en concreto. El sujeto tendrá libertad para decidir qué preguntas responder fingiendo no acordarse, o rechazando la contestación, tal y como se puede ver en el artículo 392 de la LECrim, aun así el interrogatorio continuará.

36 Cfr. Artículo 389 de la LECrim.

37 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 6^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi 2014, p.1602

5.4. SEGÚN EL FIN AL QUE EL CONFESANTE QUIERA LLEGAR

A) Simple

Se limita a reconocer su autoría, pero no aporta datos sobre la ejecución del hecho delictivo, por tanto, no colabora en la investigación.

Más claramente se puede ser esta confesión durante el juicio oral, cuando el presidente del tribunal pregunta a los procesados sobre la conformidad de la calificación de los delitos que se les va a imputar.³⁸ La exigencia de esta pregunta será la de una contestación «categórica» según el artículo 693 de la LECrim.

B) Cualificada

El sujeto reconocerá su autoría o participación y además enunciará más datos. Datos relevantes para el conocimiento de los hechos e incluso para elaborar su estrategia defensiva con el fin de justificar, disminuir o excluir su responsabilidad. El acusado admite el hecho y agrega más datos.

5.5. SEGÚN EL MOMENTO PROCESAL DE LA CONFESIÓN

Abordando el tema desde una perspectiva temporal haremos referencia a la declaración autoincriminatoria del procesado, tanto en el «periodo preprocesal» y en el «periodo procesal». Esta distinción temporal utilizada por Jacobo López Barja de

38 Cfr. Artículos 688 a 700 de la LECrim.

Quiroga en el *Tratado de Derecho Procesal Penal*, hace referencia a la clara diferenciación entre el periodo anterior en el que los órganos judiciales tengan conocimiento de los hechos. Es decir, la fase preprocesal queda en conocimiento de la policía judicial y, en parte, del Ministerio Fiscal. En el periodo procesal, el conocimiento de los hechos será atendido por los órganos judiciales.³⁹

A) Extrajudicial

Se conformará antes de que las autoridades judiciales conozcan de la existencia del delito.

El artículo 282 de la LECrim dispone que, la policía judicial es quien se encargará de «[...] averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. [...]. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al juez o tribunal. [...]».

Por tanto, si el autor de los hechos denuncia los mismos y se define como autor, se seguirá esta declaración anteponiendo el derecho de defensa del artículo 118, letra *h* de la LECrim. Y los funcionarios de la policía judicial trasladarán el conocimiento del delito, el atestado, a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal. Así será cuando exista autor conocido del delito, artículo 284.1 de la LECrim. Y se pasará

39 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Op. Cit.*, p.1049.

a enjuiciar, artículo 309 bis de la LECrim.

B) Judicial

Durante la fase procesal. El procesado manifestará la conformidad de la calificación del delito, según el artículo 655 LECrim. También al responder afirmativamente a las preguntas del presidente del tribunal durante la celebración del juicio oral, y así estar de acuerdo con la calificación para más tarde ser imputado por dicho delito.⁴⁰

5.6. ATENDIENDO A LA SITUACIÓN PROCESAL DEL CONFESANTE

Existe distinción en la denominación de la parte pasiva durante las diferentes fases del proceso penal.⁴¹

Debemos tener en cuenta que a raíz de la reforma de la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, se ha sustituido el sustantivo «imputado» por «investigado» y «encausado».⁴²

40 Cfr. Artículos 694 y 697 de la LECrim.

41 Cfr. SOSPEDRA NAVAS, F. J., et al., *Práctica del proceso penal*, 2^a ed., Madrid, Thomson civitas, 2004, p. 72.

42 Información sobre la sustitución de términos por la reforma de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre: LA REDACCIÓN DE NOTICIAS JURÍDICAS. “Contenido y novedades de la reforma de la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015 y por la Ley 41/2015”. Noticias Jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10551-contenido-y-novedades-de-la-reforma-de-la-lecrim-por-la-ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015/> (Fecha de acceso 06/10/2017).

A) Investigado

Se hará referencia a «investigado» durante las diligencias necesarias practicadas por la policía judicial para la averiguación y aseguramiento de los delitos, sí como el recabar las pruebas, esto es según los artículos 282 párrafo primero y 284 de la LECrim.

El artículo 284 de la LECrim, establece el límite para conocer cuándo entrarían a conocer el delito las autoridades judiciales, podemos decir que se trata de el límite entre la llamada fase preprocesal y procesal.⁴³

También se ha determinado «investigado» al sujeto durante la fase procesal entre la primera parte de la instrucción⁴⁴ con la realización de las diligencias previas,⁴⁵ para así encaminar la investigación judicial y construir el sumario. Se puede afirmar con esto que, el investigado no tiene por qué ser imputado por el delito del cual se le está investigando.

Junto con el encausado forman la parte necesaria para que exista el proceso penal. Contra ellas se dirige la pretensión penal y se solicita la imposición de una pena o de otras medidas, como multas pecuniarias o medidas de seguridad.⁴⁶

Ante la imposición de medidas coercitivas se debe tener en consideración para la realización de las mismas el pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado, para ello, el investigado es considerado titular del derecho de defensa, deberá ser protegido por el Estado. El investigado no puede ser utilizado como medio para proporcionar únicamente datos tendentes a una investigación, ni puede obtenerse su

43 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Op. Cit.*, p.1049 y ss.

44 Cfr. Artículos 299 y ss. de la LECrim.

45 Cfr. Artículos 774 y ss. de la LECrim.

46 Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, 7^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 65.

confesión por cualquier método, y si concurriese su confesión, tal no podrá centrarse la investigación en tal conocimiento como único presupuesto.⁴⁷

Lo descrito anteriormente enlaza con el artículo 118 de la LECrim. El investigado, según este artículo, es una persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal, «[...] a quien se le atribuye un hecho punible [...】. Cuando el sujeto es considerado investigado, la policía, el fiscal o la autoridad judicial, le tomarán declaración, según el párrafo segundo del artículo 118.2 de la LECrim. En la misma podrá hacer uso de la gran variedad de garantías procesales que el mismo artículo 118.1 de la LECrim promulga. A propósito de la declaración que le tomen, este podrá tomar el «derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen» y el «derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».

B) Procesado

Atendiendo al artículo 384 de la LECrim, en su primer párrafo, dice que ante la existencia desde el sumario de «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona», será cuando se deba dictar auto declarándola procesada.

C) Encausado

La denominación «encausado» se debe hacer cuando existan indicios suficientes de presunta comisión de delito. Se utilizará esta calificación en la última fase del proceso penal, cuando se tramiten las causas y a la hora de enjuiciar, de juzgar. Así lo transmite

47 Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M^a. *Op. Cit.*, p. 66.

el apartado sexto del artículo 762 de la LECrim.

D) Acusado

Puede que la persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal se encuentre en libertad, y se tengan sospechas de que ha realizado un acto punible, o bien, puede estar detenida, porque se está tasando dicha sospecha, o puede estar procesada por un acto delictivo. Cuando esa persona se tiene como acusada, estaríamos hablando de que la declaración se ha producido durante el juicio oral.⁴⁸

Esta terminología se utiliza cuando se está enjuiciando el hecho punible hasta antes de promulgarse la sentencia.

E) Condenado

Cuando se haya sentenciado y haya recaído en él toda la fuerza de la Ley. El condenado responderá por sus actos, y deberá cumplir con la condena ordenada en la misma sentencia.

5.7. ¿ES CONFESIÓN LA INCLUIDA EN LOS DISTINTOS TIPOS DE CONFORMIDAD PRESTADA POR EL IMPUTADO?

Como hemos mencionado anteriormente, la confesión realizada por ejemplo

48 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, 6^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi 2014, p. 1617.

durante el juicio oral o en el abreviado, es tratada por la LECrim de forma expresa como «confesión». Es cierto que, la conformidad ha sido objeto de revisión normativa de forma sucesiva.

La conformidad es un trámite bastante importante, ya que si el procesado y abogado aceptan la calificación y no consideran necesario la continuación del juicio, se pasará de forma directa a dictar sentencia.⁴⁹

La jurisprudencia ha interpretado la conformidad como una forma de terminación anormal del proceso, incluso posibilitando la negociación entre la acusación y la defensa y evitando la celebración del juicio oral. Una pena abstracta conformada asegura al procesado de acabar cumpliendo una pena acordada.⁵⁰

Existen unos requisitos formales, materiales y subjetivos para que la sentencia de conformidad sea válida. Uno de ellos es que la sentencia haya respetado el acuerdo realizado entre las partes. También exige que se cumplan los requisitos que impone la LECrim para que se pueda realizar la conformidad, tanto para el juicio oral,⁵¹ como para el procedimiento abreviado.⁵² La sentencia de conformidad puede declararse nula si existe un vicio de consentimiento en la conformidad.⁵³

5.8. ¿CABE LA CONFESIÓN TÁCITA EN EL PROCESO PENAL?

Tácito hace referencia a que no se expresa o no se dice pero se sobreentiende o se

49 Cfr. Artículo 694 de la LECrim.

50 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. Á., *et al.*, *Op. Cit.*, p. 1072.

51 Cfr. Artículos 655, 688, 694, 697 de la LECrim.

52 Cfr. Artículo 793.3 de la LECrim.

53 Vid. Nota 50.

supone. ¿Se puede incluir la expresión «el que calla otorga» en el proceso penal para admitir los hechos delictivos o la autoría? La respuesta es no.

El silencio del procesado no debe entenderse como confesión, pues forma parte de los derechos de defensa que se establece en el artículo 118.1.g de la LECrim.

Otra cosa distinta sería que, durante la declaración ante el juez de instrucción, el procesado quiera declarar (por tanto, no se acoge al derecho a guardar silencio) pero ante algunas preguntas rechace contestarlas, incluso, adopte el silencio como respuesta. La solución que impone el artículo 392 de la LECrim ante esta conducta es la continuación de la instrucción.

6. GARANTÍAS

Se tendrán en cuenta las garantías procesales para salvaguardar la espontaneidad de las declaraciones y así, no vulnerar el derecho de defensa del investigado o del imputado.

6.1. CONSTITUCIONALES

En este epígrafe se hace referencia al artículo 24.2 de la Constitución española, la cual establece como derechos fundamentales, para obtener así un proceso justo sin vulnerar las garantías, al *derecho de defensa*, al *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable* y a tener en cuenta la *presunción de inocencia* del todavía investigado.

La Constitución española integra una serie de derechos fundamentales importantes para garantizar que el investigado pueda desenvolverse en el proceso penal de manera justa. Me refiero con esto al artículo 1.1, sobre el derecho fundamental a la libertad, y el artículo 24 de la Constitución española, sobre el derecho de defensa.⁵⁴

La mayor garantía de los derechos fundamentales que podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, protegido por nuestra Constitución, se trata del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Constitución admite proceder mediante dos cauces, de forma directa contra las lesiones del derecho fundamental a la libertad, referida ante autos de prisión provisional. Y mediante el agotamiento de los recursos interpuestos, al hacer caso omiso los tribunales sobre el restablecimiento del derecho

54 Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 2^a ed., Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2015, p. 84.

fundamental vulnerado.

6.2. LECRIM

Sobre el *derecho a la defensa* mencionado en el artículo 118 de la LEcrim.

A) Derecho de defensa

Durante la ejecución de los actos de investigación se pueden comprometer derechos fundamentales del investigado,⁵⁵ por ello la Constitución se compromete a proteger a las partes mediante el artículo 24 con el derecho de defensa.

La aplicabilidad de este derecho fundamental, como todos, ha de ser directa y deberá ser respetada y promovida por los poderes públicos.

Apreciando detenidamente el artículo 24.2 de la Constitución, observamos que el derecho de defensa nace con la imputación y concluye con la resolución firme.⁵⁶ A su vez, la Constitución hace una ampliación sobre la protección del derecho de defensa la cual, el legislador deberá tener en cuenta. Esto ocurrirá cuando se produzca la privación de libertad acarreada por la imputación policial, es por ello que deberá garantizarse la defensa mediante un abogado, o su defensa privada, también denominada autodefensa.⁵⁷

Hay que tener en cuenta que, el derecho de defensa actúa cuando al investigado se le

55 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, pp. 83 y 84.

56 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 292.

57 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 293.

atribuye la comisión de algún hecho delictivo. Desde ese momento deberá tener la asistencia letrada para su defensa, pudiendo ser un abogado del turno de oficio o por propia designación.⁵⁸

El derecho de defensa está complementado en la LECrim. El artículo 520.2 de la LECrim extiende incluso su aplicabilidad a otros ámbitos, como puede ser el dar facilidades a los detenidos que demandan una atención especial, como por ejemplo el ser extranjero y necesitar un intérprete gratuito o la notificación de su detención a sus familiares. Estos derechos complementarios deben atenderse también como derechos fundamentales, ya que van intrínsecamente vinculados al genérico derecho de defensa.⁵⁹

B) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración

Este derecho se encuentra en el ya mencionado artículo 24.2 de la Constitución española formando parte del elenco de derechos fundamentales reconocido por ella. A su vez, el artículo 520.1 de la LECrim pone a disposición este derecho a todos los detenidos previamente a su interrogatorio policial.⁶⁰

El proceso tiende a su vez a dar la posibilidad a los procesados de, no declarar sin que ello constituya consecuencias que le desmerezcan durante el proceso. Al igual que se le debe permitir al procesado realizar las manifestaciones que considere oportunas para defenderse,⁶¹ también se le respetará en su negativa a declarar y a guardar silencio pues podrá también formar parte de su defensa.

58 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 277.

59 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, pp. 278 y 279.

60 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 283.

61 Cfr. Artículo 396 de la LECrim.

C) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La LECrim establece unos mecanismos para no vulnerar este derecho fundamental. Por ejemplo, la suspensión del interrogatorio,⁶² la cual será oportuna cuando se extralimita en el tiempo, o cuando el número de preguntas sea excesivo. En pocas palabras, cuando el interrogatorio pueda acabar extenuando al declarante, produciéndose una fatiga que haga peligrar la espontaneidad y veracidad de lo comunicado por este.⁶³

62 Cfr. Artículo 393 de la LECrim.

63 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 558.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CONFESIÓN

1. PRESTADA EN EL ATESTADO FORMADO POR LA POLICÍA JUDICIAL

La LECrim, trata el atestado en los artículos 292 a 297, dentro del Libro II que hace referencia al sumario, en el Título III, sobre la policía judicial.

Son los funcionarios de la policía judicial quienes construyen el atestado. Dentro de este documento público se especifican con exactitud los hechos averiguados mediante las diligencias practicadas como por ejemplo; las declaraciones, informes, y todas las anotaciones de las circunstancias que se hayan podido percibir pudiendo considerarse como pruebas o indicios del delito.⁶⁴

Dicho por el artículo 297, en su primer párrafo, y por el 259 de la LECrim, el atestado equivale a una denuncia. Desde la perspectiva del artículo 259 de la LECrim, estos funcionarios forman parte de los sujetos que están obligados a denunciar los hechos delictivos. Asimismo, entre las funciones que les otorga la LECrim, la policía judicial tiene por objetivo el averiguar los delitos públicos, practicar las diligencias oportunas para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y poner esta información a disposición de la autoridad judicial.

La forma de realizar el atestado está descrita dentro de los artículos anteriormente comunicados. Se realizará tanto «en papel sellado» como en «papel normal».⁶⁵ El

64Cfr. Primer párrafo del artículo 292 de la LECrim.

65 Cfr. Al inicio del artículo 292 de la LECrim.

atestado debe estar firmado «por el que lo haya extendido»⁶⁶ en todas las hojas que lo compongan.

El artículo 297 LECrim, hace una mención especial sobre las declaraciones que hayan sido tomadas. Las declaraciones, valoradas como «testificales», deberán firmarse. De esta forma el atestado queda ratificado, aunque no por ello será valorado como prueba, sino como denuncia.⁶⁷ Tanto la LECrim, como la jurisprudencia, han valorado el atestado como denuncia. La jurisprudencia hace una distinción entre la valoración probatoria que tiene el atestado. Declara al atestado como «un medio para acarrear y conducir el bagaje probatorio que lo componen hacia el juicio oral». Pero en sí, el atestado no es prueba.⁶⁸

La cuestión que nos importa es, si los funcionarios de la policía judicial tienen el conocimiento de posibles autores confesos o sucesos que pueden tener que ver con la clarificación del caso, ¿cómo deberán actuar? El párrafo segundo del artículo 297 de la LECrim y especialmente el 717, trata el tema de los agentes intervenientes como una prueba testifical puesta en conocimiento a las autoridades judiciales durante el juicio oral.⁶⁹ El Tribunal Constitucional y el Supremo dan constancia de este proceder en varias sentencias.⁷⁰

66 Cfr. Artículo 293 de la LECrim: Estará firmado por el funcionario de la policía judicial que haya estado al tanto de la constitución del atestado. También podrán firmarlo, sin que ello sea obligatorio, los expertos que hayan intervenido y hayan estado presentes en las diligencias para crear el atestado, y «si no lo hicieren, se expresará la razón».

67 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M. Á., *et al. Op. Cit.*, pp. 215 a 218.

68 Cfr. STS 390/2014, de 13 de mayo: «[...] su funcionalidad se agota con la previsión del art. 297 de la LECrim, con arreglo al cual, los atestados “... se considerarán denuncias para los efectos legales”. No se trata, claro es, de degradar su valor como documento oficial que abre la fase de investigación de un delito, sino de situar en sus justos términos su significado procesal. [...], no del atestado, que no es prueba, sino de los hechos que en él se describen y que sólo pueden incorporarse al bagaje probatorio mediante su acreditación y prueba en el plenario. [...]»

69 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M. Á., *et al. Op. Cit.*, p. 217.

70 Cfr. STC 229/91, de 28 de noviembre: «[...] en ausencia de otros testimonios, la declaración del perjudicado -en este caso, los policías nacionales-, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene consideración de prueba testifical, y, como tal, puede

Lo que podemos afirmar con esto es que, los datos que contenga el atestado conseguidos mediante las diligencias policiales, pueden tener eficacia probatoria durante la ejecución del juicio. Siempre que sean; declaraciones de los agentes intervenientes, que incluso pueden desmontar los hechos constituidos en el mismo atestado, pues se les dará credibilidad.⁷¹

También se les da eficacia probatoria a las diligencias policiales que cumplan con los requisitos de constatar datos objetivos y que sean imposibles de reproducir durante el juicio oral, o que sean imposibles de repetir. Imaginemos, por ejemplo, que uno de los imputados confiesa su autoría y demás datos relevantes sobre los otros imputados ante un agente de policía, pero antes de la celebración del juicio fallece, ¿qué eficacia se le dará a dicha declaración?⁷² Esa declaración se configurará como prueba preconstituida por referirse a datos irrepetibles, y se utilizará «garantizando de forma efectiva su

constituir válida prueba de cargo, en lo que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso [...]»

Y la STS 920/2013, de 11 de diciembre: «[...] el art. 297.2 LEcrim otorga valor de declaración testifical a la prestada por funcionarios de la policía judicial en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio, reiterando en parte tal formulación del art. 717 que añade, para el juicio oral, y sin restricción alguna, pues omite la limitación a los hechos de conocimiento propio que "serán apreciables según las reglas del criterio racional". El TC [...] y esta Sala Segunda del Tribunal Supremo [...], así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical. [...] Según doctrina reiterada de esta Sala, las declaraciones de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio, prestadas en el plenario [...], constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia, dado que gozan de las garantías propias de tal acto, sin que exista razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales. [...]».

71 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, en *Revista Penal*, 23 (2009), pp. 79 – 85.

72 Cfr. STS 118/2015, de 3 de marzo: «[...] el propio Gonzalo reconoció voluntariamente ante la policía cuando se encontraba en prisión y en presencia de letrado, su participación en los hechos y concretamente que había dado instrucciones a los pilotos [...], declaración que fue ratificada en el plenario por los propios agentes policiales ante los que se prestó señalando que fue una declaración espontánea y voluntaria pues ellos habían acudido a prisión por otras razones. [...]».

contradicción».⁷³

En resumen; el atestado tiene valor de denuncia, no es una prueba. Pero existen supuestos en los que se le puede otorgar valor de elemento de prueba, no como «objeto» de prueba, sino como «medio» de prueba. Serán así; las declaraciones de los agentes de policía firmantes del mismo atestado, también, aquellas diligencias que cumplan con dos requisitos indispensables; el de constatación de datos objetivos y la imposibilidad de ser reproducidos en el juicio oral. De esta manera tendrán la valoración de prueba preconstituida.

73 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. Á., *et al. Op. Cit.*, p. 218.

2. PRESTADA EN EL PROCESO⁷⁴

2.1. FASE DE INSTRUCCIÓN

A lo largo de esta fase se realizan los actos preparatorios del juicio, para que se llegue a celebrar, se han de celebrar una serie de actuaciones para constatar que existe delito y se conoce al supuesto causante. Como propone Francisco Ramos Méndez en su obra *Enjuiciamiento criminal*, esta fase progresará ante el sobreseimiento del caso o ante la acusación.⁷⁵

Es importante conocer al órgano encargado de realizar la instrucción del sumario. Según el artículo 305 de la LECrim, en relación con el 303; la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.⁷⁶ La Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.⁷⁷ Los Juzgados de Instrucción o los mixtos (Juzgados de Primera Instancia e Instrucción) y los Juzgados de Violencia sobre la mujer.⁷⁸ Los Juzgados Centrales de Instrucción.⁷⁹ Y demás especialidades que observa el artículo 304 de la LECrim.

A) Sumario

A tenor del artículo 306 de la LECrim, el juez instructor, bajo la inspección directa del fiscal, compondrá el sumario de los delitos públicos.

74 La elaboración de este punto del trabajo se ha conseguido con el estudio personal del proceder de la LECrim y de la doctrina sobre la posibilidad de la autoinculpación en las diferentes fases del proceso.

75 Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F. *Op. Cit.*, p. 180.

76 Cfr. Artículo 57.1.2º y 61.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ.

77 Cfr. Artículo 73.4 de la LOPJ.

78 Cfr. Artículo 87.1.a de la LOPJ.

79 Cfr. Artículo 88 de la LOPJ.

Una de las diligencias que solicita el juez instructor, tanto de oficio como a instancia del Ministerio Fiscal o del querellante particular, es la declaración de los procesados y de los testigos.⁸⁰

Cuando el procesado confiese su autoría o participación en la declaración, el juez de instrucción deberá corroborar dicha afirmación practicando las necesarias diligencias. Necesariamente, el juez instructor, tendrá que interrogarle para que explique todas las circunstancias, los posibles colaboradores y la posibilidad de ser conocedor de testigos del hecho.⁸¹

La confesión podrá provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando se compruebe su veracidad,⁸² se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la

comprobación de la confesión para tomarla en consideración más tarde, en el juicio oral. Cumpliendo con un procedimiento libre de vicios en las garantías a la hora de la declaración.

Hay que tener cuidado con la confirmación que hace el procesado sobre los hechos,

80 Conocimiento e identificación de los procesados; artículos 368 a 384 de la LECrim.

81 Cfr. Artículo 406 de la LECrim.

82 Cfr. STS 498/2003, de 24 de abril: «[...] en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró la aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo. [...] En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin que existan vicios que puedan alterar tal voluntariedad, [...]. Como se afirma en la ya citada STC 161/99: "[...] De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de [...], inducción fraudulenta o intimidación [...]" [...]».

pues no será suficiente para que se le contemple como culpable. La STS 193/2008, de 30 de abril, encarna una sospechosa actuación de la Audiencia Provincial de Valencia que, encausó a un confesante que afirmaba los hechos, ateniéndose a que ello era «un conjunto probatorio inexpugnable, basado en la llamada prueba reina, la confesión». El Tribunal Supremo concluyó afirmando que, «no hubo juicio, ni prueba ni, según se ha visto, hay hechos probados, por lo que la sentencia no se sostiene en ninguno de sus aspectos.»

Tampoco será suficiente considerar como prueba de cargo la declaración autoincriminatoria de un coimputado al corroborarla solo mediante la declaración incriminatoria del otro coimputado. Y es que, la STC 68/2001, de 17 de marzo, apunta a la necesidad de verificar esas declaraciones para poder considerar a la confesión como «prueba de cargo». ⁸³

El sumario concluirá cuando se tengan las suficientes piezas de convicción para realizar la calificación de los hechos, después de practicar las necesarias diligencias.⁸⁴ El Juez instructor solicitará el juicio oral o el sobreseimiento de la causa, así lo afirma el artículo 632 de la LECrim.

83 Cfr. STC 68/2001, de 17 de marzo: «[...] A tal efecto, hemos de partir de que, en sede de amparo constitucional, no hemos hablado en ningún momento de la exigencia de una corroboración plena, ni podríamos hacerlo, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica una valoración de tales pruebas o datos que nos está vedada. Ni tampoco hemos procedido a definir qué deba entenderse por "corroboration", más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa para que pueda estimarse corroborada. Por eso, todo lo que hemos exigido es que la declaración quede "mínimamente corroborada" (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración. [...].».

84 Cfr. Artículo 622 de la LECrim.

B) Diligencias previas

De esta forma es llamada la instrucción en el procedimiento abreviado.⁸⁵

Cuando el investigado reconoce los hechos constitutivos de delito,⁸⁶ en presencia del juez de instrucción y asistido de su abogado, se convocará al Ministerio Fiscal y a las partes para que «manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado», si fuera así, el Juez «incoará las diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites⁸⁷ previstos en los arts. 800 y 801».

Hay que reseñar que, el investigado reconoce los hechos delictivos, lo que no quiere decir que se declare autor de los mismos.

85 Título II del Libro IV, sobre los procedimientos especiales, en la LECrim. El artículo 757, establece el uso de este procedimiento para enjuiciar delitos castigados con penas privativas de libertad «no superiores a nueve años, o bien con cualquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración». Las diligencias previas están contempladas en el Capítulo III (del Título II, dentro del Libro IV de la LECrim). No obstante, aunque se trata de un procedimiento análogo al del sumario en la instrucción del procedimiento ordinario, las diligencias previas tienen sus propias particularidades.

86 Cfr. Artículo 779.1.5^a de la LECrim: Afirmación de los hechos realizada por el investigado durante las diligencias previas.

87 Con las actuaciones de los artículos 800 y 801 de la LECrim entramos en la preparación del juicio oral pero mediante el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que consta en el Título III, del Libro IV, sobre los procedimientos especiales. Si concurren las circunstancias del artículo 801 LECrim, el juzgado de guardia podrá proceder a dictar sentencia de conformidad, antes de practicar pruebas en el juicio oral, si el acusado así quiere, siempre que se le haya informado de las consecuencias (art. 787). Si el juez tiene dudas de la conformidad del acusado, podrá acordar que se continúe con el juicio oral (art. 787.4).

En el caso de que la pena no sea la que caracteriza al procedimiento para los enjuiciamientos rápidos, referido en el artículo 801, se continuará con el procedimiento abreviado, realizando las actuaciones pertinentes para la preparación del juicio oral. Según el punto tercero del artículo 784 de la LECrim, en el escrito de defensa, el procesado podrá manifestar su conformidad con la acusación antes de practicarse las pruebas en el juicio oral (arts. 784.3 y 787.1), o después de ser practicadas (art. 788.3). Después de ser practicadas las pruebas, las partes podrán «ratificar o modificar las conclusiones de los escritos inicialmente presentados» (art. 788.3, en relación con el 732), ante la posibilidad de modificar el escrito de calificación después de practicarse las pruebas en el juicio oral, el procesado podrá también manifestar su conformidad a tenor del artículo 784.3, párrafo segundo.

Además los hechos deberán ser constitutivos de delito e igualmente, tendrán castigos de pena privativa de libertad de hasta tres años, pena de multa de la cantidad que sea, o bien, otra pena cuya duración máxima no supere los 10 años.⁸⁸

Si se observa lo anterior se convocará al Ministerio Fiscal y a las partes personadas. Estas serán invitadas por el juez de instrucción ha formular escrito de acusación, siempre que; se tenga la conformidad del investigado.

Si es así, se seguirán las actuaciones de los artículos 800 y 801 de la LECrim. Se entraría a preparar el juicio oral pero mediante el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, tal y como consta en el Título III, del Libro IV, sobre los procedimientos especiales. Si concurren las circunstancias del artículo 801⁸⁹ de la LECrim, el juzgado de guardia podrá proceder a dictar sentencia de conformidad, antes de practicar pruebas en el juicio oral, si el acusado así quiere, siempre que se le haya informado de las consecuencias.⁹⁰ Si el juez tiene dudas de la conformidad del acusado, podrá acordar que se continúe con el juicio oral.⁹¹

En el caso de que la pena no sea la que caracteriza al procedimiento para los enjuiciamientos rápidos, referida en el artículo 801.1.2º y 3º, se continuará con el procedimiento abreviado, realizando las actuaciones pertinentes para la preparación del juicio oral. Según el punto tercero del artículo 784 de la LECrim, en el escrito de

88 Cfr. Artículo 801.1 de la LECrim.

89 El artículo 801 de la LECrim remite a los artículos del juicio oral del procedimiento abreviado. Esto no deja de ser un inconveniente, pues según el tipo de pena de los hechos reconocidos por el investigado la Ley remitirá a un proceso especial u otro, pero como se ha visto, siempre se acabará aplicando los artículos del procedimiento abreviado al menos en lo que respecta al juicio oral. Incluso para la celebración del juicio oral para los enjuiciamientos rápidos, se remitirá a lo referido en el procedimiento abreviado. Lo único que varía entre estos procedimientos especiales son las actuaciones preparatorias del juicio oral, aunque también con remisiones al abreviado.

90 Cfr. Artículo 787 de la LECrim.

91 Cfr. Artículo 787.4 de la LECrim.

defensa, el acusado podrá manifestar su conformidad con la acusación antes de practicarse las pruebas en el juicio oral⁹², o después de ser practicadas.⁹³ Después de ser practicadas las pruebas, las partes podrán «ratificar o modificar las conclusiones de los escritos inicialmente presentados»⁹⁴, ante la posibilidad de modificar el escrito de calificación después de practicarse las pruebas en el juicio oral, el acusado podrá también manifestar su conformidad a tenor del artículo 784.3 en el párrafo segundo.

C) Diligencias urgentes en el Juzgado de guardia

El ámbito de aplicación de este proceso está determinado en el artículo 795 de la LECrim.

La persona denunciada en el atestado, o a la que se le atribuya el hecho delictivo, deberá comparecer ante el juzgado de guardia, con la asistencia de un abogado.⁹⁵ Ante el juzgado de guardia se incoarán, si así procede, las diligencias urgentes.⁹⁶ Una de las diligencias, art. 797.1.3^a, será la toma de declaración del detenido y también «de los testigos y de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hayan intervenido en el atestado».

Al abrirse el juicio oral, también aparece la figura de la conformidad. El artículo 800.2 de la LECrim así lo manifiesta. Se seguirá pues, con el procedimiento que se estipula en el artículo 801 de la LECrim.

92 Cfr. Artículos 784.3 y 787.1 de la LECrim.

93 Cfr. Artículo 788.3 de la LECrim.

94 Cfr. Artículo 788.3, en relación con el 732 de la LECrim.

95 Cfr. Artículo 796.1.2^a y 3^a de la LECrim.

96 Cfr. Artículo 797.1 de la LECrim.

2.2. FASE DE JUICIO ORAL

Durante la celebración del juicio oral, en el procedimiento ordinario, podrá el encausado confesar su responsabilidad criminal, según los trámites de los artículos 688 y ss. de la LECrim.

La confesión estará basada en la afirmación del encausado de lo que se le haya imputado en el escrito de calificación.⁹⁷ La afirmación de la responsabilidad criminal produce la sentencia de conformidad, siempre que su defensor no considere necesaria la continuación del juicio.⁹⁸ Asimismo, cuando el presidente pregunte al procesado sobre su imputación con respecto al escrito de calificación, y este se negase a contestar, se le «apercibirá con declararle confeso», y si persiste en su negativa, se le declarará confeso,⁹⁹ después se preguntará al defensor si considera o no continuar con el juicio oral, siguiéndose así con el trámite del artículo 694.

2.3. RECURSOS

Hemos de señalar que, «el recurso de apelación como el de casación no alteran el hecho, y su objeto es la aplicación del derecho [...]. En definitiva, ambos recursos estructural y funcionalmente son idénticos».¹⁰⁰

A) Apelación

La doctrina constitucional prohíbe la posibilidad de empeorar la situación del

97 Cfr. Segundo párrafo del artículo 688 de la LECrim.

98 Cfr. Artículo 694 de la LECrim.

99 Cfr. Segundo y tercer párrafo del artículo 700 de la LECrim.

100 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (*Tomo II*). *Op. Cit.*, p. 2464.

imputado mediante el recurso de apelación, es decir, el imputado absuelto en instancia no podrá ser condenado, ni se le podrá empeorar la condena al condenado. Pero, tal doctrina no será aplicable cuando la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de apelación afecta sólo «a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia».¹⁰¹ Sin embargo, ante la posibilidad de modificar la calificación, el TC ha considerado que es precisa la celebración de la vista en segunda instancia si se pretende modificar la calificación.

Ante lo anterior, es importante comentar que, en el recurso de apelación se puede modificar el hecho probado revisando las pruebas realizadas por el tribunal de instancia, aunque el cometido del recurso de apelación no es ese, el Tribunal Constitucional ha ido variando la doctrina, pues no ha llegado a reiterar su posición. En un principio el Tribunal Constitucional, pretendía que, para llegar a una conclusión distinta a la de instancia se valoraran las pruebas realizadas en ella, pues de esta manera no se vulneraban las garantías del proceso.¹⁰² En la actual doctrina del Tribunal Constitucional se rige según el TEDH ratificando lo anterior y, según la averiguación que hace sobre ello el autor Jacobo López Barja de Quiroga en su obra *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, la doctrina añade que; «en cualquier caso, sería preciso un examen directo y personal del acusado y de una nueva audiencia» con él y con las demás partes.¹⁰³

Por tanto, el condenado o el imputado absuelto, deberán ser oídos, se les tomará declaración, para entrar a valorar teniendo en cuenta, al menos, el historial de los hechos probados en la anterior instancia.¹⁰⁴

101 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (*Tomo II*). Op. Cit. pp. 2438 y 2439.

102Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (*Tomo II*). Op. Cit. pp. 2428 y 2429.

103 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (*Tomo II*). Op. Cit. p. 2430.

104 Cfr. Artículo 766.3 de la LEcrim, sobre el procedimiento abreviado: Las partes deberán alegar por escrito, y señalar otros particulares que deban ser testimoniados.

B) Casación

De manera general se puede decir que el recurso de casación es utilizado para las causas que ya han sido resueltas por tribunales inferiores. El Tribunal Supremo es quien conoce y resuelve estos recursos, siempre encaminados a resolver las infracciones de leyes y el quebrantamiento de la forma.¹⁰⁵

La importancia de este recurso en este trabajo ha sido importante para contribuir con jurisprudencia puntos como, determinar el valor de la confesión como prueba dependiendo del momento procesal en que se de, o la importancia de aplicar las garantías procesales.

2.4. PROCESO PARA LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

Este recurso es especial, pues procede contra sentencias que han adquirido firmeza. Posiblemente no debería ser reseñado como recurso sino como una revisión de la resolución.¹⁰⁶

A tenor del artículo 954.1.a de la LECrim, uno de los motivos por los que se procede a interponer la revisión de las sentencias es cuando; «la confesión del encausado se haya formalizado mediante coacción o violencia, o mediante cualquier otro hecho punible realizado por un tercero».

105 Cfr. Artículos 847 y ss. de la LECrim.

106 Cfr. STS 721/2012, de 2 de Octubre: «[...] El recurso de revisión es un recurso excepcional [...] al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y atentar por ello al principio de cosa juzgada, e implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación [...]. Supone, en definitiva, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada [...]».

Por tanto se admitirá el recurso de revisión cuando; se conozcan o sean posteriores a la declaración de firmeza de la sentencia a revisar o que no hayan podido proponerse y que sean pruebas que corroboren eficazmente la inocencia del condenado.¹⁰⁷ La solución propuesta por el apartado primero del artículo 958 de la LECrim para este caso es la instrucción de nuevo de la causa.

107Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGAS GARCÍA, M^a. Á., *et al.*, *Op. Cit.*, p. 1414, con referencia a la STS 721/2012, de 2 de Octubre: «[...] Solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim, en el cuarto de los cuales se admite este recurso “cuando después de la Sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado”. [...]».

CAPÍTULO III¹⁰⁸

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RETRACTACIÓN

La figura de la retractación aparece mencionada de forma expresa en el artículo 405 de la LECrim. Este artículo hace referencia a las declaraciones realizadas durante la fase de instrucción del proceso penal, pero existen menciones durante todo este texto legislativo en las que se hace referencia a lo que denominan el «desdecirse» de una declaración anterior. Hay que considerar que las referencias que podamos encontrar en la LECrim serán implícitas y se harán con la base de entender que, como hemos visto en el Capítulo I de este trabajo, tanto la figura de la confesión como la de la retractación son declaraciones.

1. CAUSAS

1.1. NUEVAS PRUEBAS Y DEFENSA

Durante la fase de instrucción, en el artículo 400 de la LECrim, se manifiesta que no existe un límite en el número de declaraciones que pueda hacer el procesado. Comienza aquí la estrategia del procesado.

La posibilidad de poder declarar cuantas veces quisiese el procesado durante esta fase hace que, puedan surgir variaciones entre las diversas declaraciones. Dichas variaciones se pueden tomar como parte de la propia estrategia defensiva del procesado o como errores, e incluso podrán ser valoradas las nuevas declaraciones

108 Como consecuencia de la falta de fuentes de información sobre la retractación, este Capítulo se ha elaborado mediante la comprensión de la legislación y con ayuda de la jurisprudencia.

como nuevos indicios en los que poder dirigir la investigación.

Y es que, se deberá interrogar al procesado para averiguar el móvil y las causas de tal retractación y así saber cómo valorar tal declaración. Al igual de lo que ocurre con la confesión en el artículo 406 de la LECrim, se supone que al existir una declaración en la que el procesado se desdice de lo anterior, el juez de instrucción deberá realizar todas las diligencias necesarias para verificar tal declaración.

Debemos entender que el procedimiento a seguir será el mismo que cuando el procesado confiesa, ya que la retractación no deja de ser una confesión desdiciendo la anterior. Esto es, por supuesto un mecanismo de defensa del propio confesante.

La retractación vista como una prueba durante las diferentes fases del proceso penal. Como vimos a lo largo de este trabajo de investigación, las declaraciones realizadas durante la fase preprocesal, durante el atestado, no serán aptas para desmontar el principio de inocencia ni tendrán valor probatorio.¹⁰⁹ Pero si posteriormente tal declaración policial se ha rectificado ante la autoridad judicial, la declaración policial deberá ser tenida en cuenta y ser valorada como prueba, pero siempre que (como dice la doctrina del TC y jurisprudencia del TS) «haya sido prestada con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento, y que sea incorporada al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron»¹¹⁰. Por tanto las diligencias

109 Ni operar como acreditación de los medios de prueba, ni utilizarse como una prueba preconstituida.

110 Cfr. STS 1695/2002 de 7 de Octubre, (en referencia con el artículo 714 LECrim) sobre la declaración de la víctima de forma voluntaria y la posterior rectificación, todo ello ante la Guardia Civil. Corroboration de las declaraciones, valoradas como prueba por el tribunal, gracias a la comparecencia de los agentes de la Guardia Civil.

«[...] En cuanto a los supuestos en los que un testigo presta declaración ante la policía en un determinado sentido que después rectifica ante la autoridad judicial, la doctrina del TC y de esta Sala ha establecido que su declaración en sede policial podrá ser valorada como prueba siempre que haya sido prestada con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento, y que sea incorporada al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron. [...], el TC, se ha pronunciado [...] señalando que las diligencias policiales y sumariales son susceptibles de alcanzar efectos probatorios cuando practicadas con observancia de las exigencias

policiales y sumariales (conteniendo por ejemplo las declaraciones del imputado) pueden alcanzar efectos probatorios teniendo en cuenta el cumplimiento de esos dos requisitos.¹¹¹

- La libre y voluntaria declaración del procesado, cumpliendo las garantías procesales y Derechos fundamentales.
- La corroboración de lo declarado por el procesado mediante la comparecencia de los funcionarios policiales que ratificaron las declaraciones en el atestado.

Durante el juicio oral el imputado deberá afirmar o negar su responsabilidad criminal, según el escrito de calificación. A tenor de los artículos 688 y ss. de la LECrim, el imputado podrá desdecirse de lo anterior cuando el presidente del tribunal le pregunte sobre ello.

1.2. COMO MÉTODO PARA FAVORECER A OTRAS PERSONAS

Como ya comenté durante la Introducción, uno de los motivos por el cuales me planteo realizar este trabajo de investigación es por la gran cantidad de casos en los que se ve la figura de la confesión con el objetivo de favorecer, por ejemplo, al que verdaderamente es el autor, o a los coautores y partícipes del hecho criminal. Normalmente, lejos de parecer ese acto como heroico, se arrepienten de lo confesado, y al final se impone la verdad.

Normalmente, la autoincriminación con el objeto de favorecer a familiares ha sido lo

legales y constitucionales han sido introducidas en el debate procesal practicado en el juicio oral en condiciones que permitan su efectiva contradicción por la defensa, o cuando, tratándose de manifestaciones incriminatorias, comparecen ante el tribunal los funcionarios policiales que ratifican las declaraciones efectuadas en sede policial. [...]».

¹¹¹Cfr. ROSA CORTINA, J. M. DE LA, *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, Pamplona (Navarra), Thomson Reuters – Aranzadi, 2012, p. 146.

común. Aunque es verdad que existen otros objetivos por los cuales se realiza tal

confesión. Sería interesante observarlos pero se trataría más de una investigación criminológica y psicológica que procesal.

Tanto afirmativamente como negativamente, una confesión, puede realizarse con el objetivo de encubrir a alguien. No me refiero con ello al artículo 451 del Código Penal (en adelante CP), sino a intentar declarar con el ánimo de desviar una investigación para favorecer al imputado. O una autoincriminación cuando todavía no se conoce ni los hechos ni al posible autor, las autoridades judiciales se deben asegurar de ello, por ello existen los artículos 405 y 406 de la LECrim. No se podrá dar por buena esa declaración sin corroborar dichas declaraciones.

1.3. ARREPENTIMIENTO TARDÍO

No nos referimos con ello a la atenuante de arrepentimiento de pertenecer a organización terrorista, sino a la confesión que hace el imputado durante la fase de juicio oral, en la cual se arrepiente de lo declarado cuando se practica la instrucción.

Tendremos en cuenta que, los artículos 688 y ss. de la LECrim, hablan de confesión en el sentido de afirmar que son autores o partícipes de la consecución del delito, pero de forma implícita podemos ver que la negación de la autoría puede entenderse también como una confesión. De ahí podrá resultar una retractación de forma negativa (porque niega ser el autor) si en anteriores momentos ha afirmado su autoría.

El arrepentimiento puede darse después de haber afirmado o negado su autoría en las diferentes fases del proceso penal.

1.4. BÚSQUEDA DE REBAJA DE LA PENA

Debemos relacionar la confesión durante las declaraciones recogidas en las diferentes fases del proceso penal con la atenuante análoga de confesión del artículo 21.4 del CP.

La STS 3091/2014, de 10 de julio, establece que no hay lugar al recurso de casación, conforme al artículo 849.1º de la LECrime expuesto por el condenado para obtener el reconocimiento de la atenuante de confesión, al no existir quebranto de ley penal para dar lugar al recurso. En esta sentencia se establecen las diferencias entre la atenuante del artículo 21.4 del CP y la confesión de los hechos, su reconocimiento y colaboración en la investigación de los mismos.

Para que tal confesión pueda considerarse atenuante en la calificación de la pena, dice el Tribunal Supremo en la comentada sentencia que; «se deben acompañar otros elementos relevantes (como aportar datos que sirven para esclarecer más responsabilidades) si pueda ser la atenuante analógica la solución penal adecuada.» Y añade que se debe aceptar la propia implicación, cosa que el recurrente no hace, pues, «el recurrente mantiene una versión de los hechos exculpatoria, niega la deliberada intención homicida que la Sala da por probada, y narra el episodio ocultando aspectos esenciales. Desde el punto de vista de la investigación y esclarecimiento de responsabilidades el hallazgo del arma, amén de seguramente inevitable con o sin ayuda, tampoco ha aportado elementos significativos. Ponerse a disposición de la policía sabiéndose buscado e intuyendo como inevitable su captura, antes o después, no es asimilable a la atenuante.»

2. CONTENIDO

La retractación aborda la realización de una nueva declaración del imputado prestada en cualquier momento del proceso.

Esto es así, gracias a dos factores que se unen y abarcan todo el procedimiento penal. Será pues, la libertad apreciada en el artículo 400 de la LECrim, sobre la no limitación de la realización de cuantas declaraciones quiera hacer el procesado. Y por otra parte, y enlazando con lo anterior, estará el derecho a ser oído, como refiere el artículo 739 de la LECrim, sobre «el derecho a la última palabra»,¹¹² como último recurso que tiene el imputado antes de finalizar con el juicio oral y sentenciar después.¹¹³

El procesado se desdice total o parcialmente de lo declarado anteriormente. Cuando ocurra, se deberán valorar los motivos de la retractación y contraponer las declaraciones para entender las razones de tal conducta.¹¹⁴ Uno de los posibles motivos por los cuales se producen cambios en las declaraciones será el uso de medios engañosos y violentos.

112 Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Op. Cit.*, p. 297.

113 Cfr. Artículo 740 de la LECrim.

114 Cfr. Artículo 405 de la LECrim.

3. FINALIDAD

Podemos encontrarnos con la posibilidad de que la retractación encarne el esclarecimiento de los hechos, la exculpación del propio individuo, o al contrario, la búsqueda de la culpabilidad. La autoridad judicial tiene el deber de averiguar los motivos de la retractación.

La doctrina general mantiene que, ante discordancias entre las distintas declaraciones o retractación sobre las anteriores, el tribunal deberá examinar de forma pormenorizada todos «los documentos y demás piezas de convicción» que se abordan tanto en la vista del juicio oral como durante la instrucción, así señala el artículo 726 de la LECrim. De esta manera, la sentencia formulará su criterio sobre la veracidad de las declaraciones del acusado. Por tanto, las posibles rectificaciones de las posteriores declaraciones deberán estar tasadas por medio de pruebas de otra naturaleza, y así apoyar o romper la importancia de esa retractación en la última declaración.¹¹⁵ La esencia de contribuir a la veracidad de las declaraciones, y más para las retractaciones en las posteriores, con el apoyo en otros medios de prueba, viene reunida en la STS 1357/2002, de 15 de julio.¹¹⁶

115 Cfr. ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGAS GARCÍA, M^a. Á., *et al. Op. Cit.*, pp. 442 y 446.

116Cfr. STS 1357/2002, de 15 de julio: «[...] El hoy recurrente fue interrogado en el juicio oral sobre la discordancia entre sus distintas declaraciones. La LECrim previsoramente dice que 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, (art. 406), y dispone también que, si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, [...], (art. 405). [...] el tribunal vio y oyó a los Guardias Civiles que instruyeron el atestado y recibieron la declaración del acusado en la que reconoció la autoría de la muerte de Gabino, y percibió asimismo las manifestaciones de los diferentes peritos que intervinieron igualmente en la vista del juicio oral [...], examinado también todos los papeles, documentos y piezas de convicción a que se refiere el art. 726 de la LECrim (art. 46.2 LOTJ). Todo ello ha permitido, sin duda alguna, al Tribunal sentenciador formar su criterio sobre la veracidad de las declaraciones del acusado, relacionando las distintas versiones dadas por el mismo con los diferentes datos objetivos aportados en la instrucción [...]».

4. INSTRUMENTO PARA LA RETRACTACIÓN

4.1. DECLARACIÓN

A) Voluntaria

Retractación enunciada mediante la declaración espontánea del procesado durante la fase de instrucción.¹¹⁷

B) Interrogatorio.

A lo largo de la fase de instrucción, el juez deberá preguntar sobre los motivos por el cual el procesado se desdice de lo anterior. Esas preguntas las hará el juez instructor al realizar las diligencias necesarias para verificar la validez de las declaraciones contrapuestas por el procesado.¹¹⁸

117 Cfr. Artículo 400 de la LECrim.

118 Cfr. Artículos 405 y 406 de la LECrim.

5. EFECTOS

5.1. AL PRACTICARSE

Al retractarse el procesado durante la fase procesal:

- En la instrucción, el juez que instruye el caso deberá recoger, mediante preguntas al procesado, los motivos por los cuales ha alterado las declaraciones anteriores.¹¹⁹
- Durante la celebración del juicio oral, el presidente del tribunal preguntará al acusado si acepta la culpabilidad atribuida en el escrito de calificación del delito. El acusado podrá afirmar o negar, y se tendrán, por tanto, dos vías. La LECrim no exige que el acusado se ciña o no con lo declarado en la fase de instrucción, simplemente se atenderá a la respuesta precisa y categórica de la pregunta realizada por el presidente. Según la respuesta del acusado, el juicio oral seguirá o no.¹²⁰ Si el juicio oral continua, el tribunal seguirá examinando las demás pruebas «y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos», como dice el artículo 726.

Incluso, después de practicarse todas las pruebas y de formularse las conclusiones por cada parte, el acusado tendrá la posibilidad de manifestar al tribunal lo que deseé.¹²¹ No obstante, cuando el acusado revele datos o haga retractaciones inesperadas, el juicio oral podrá suspenderse según el punto sexto del artículo 746 de la LECrim, pero siempre que con ello se «produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suficientes para juzgarles con independencia».

119 Como hemos aludido previamente, esto se recoge en el artículo 405 de la LECrim.

120 Cfr. Artículos 694 y 696 de la LECrim.

121 Cfr. Artículo 739 de la LECrim.

5.2. AL VALORARSE

La retractación deberá valorarse contraponiendo las anteriores declaraciones y los hechos que hayan sido tasados de forma objetiva. En la STS 1357/2002, de 15 de julio, que antes hemos mencionado, cita la necesidad de tomar declaración a los peritos y a los funcionarios de Guardia Civil que realizaron el atestado, además de examinar «también todos los papeles, documentos y piezas de convicción a que se refiere el artículo 726 de la LECrime (artículo 46.2 de la LOTJ). Todo ello ha permitido, sin duda alguna, al tribunal sentenciador formar su criterio sobre la veracidad de las declaraciones del acusado».

CONCLUSIÓN

Cuando hablamos de confesión y retractación debemos tener en cuenta que las dos pueden revelar hechos y ser resultado de una autoincriminación, o al contrario, pues podrá manifestarse tanto a modo de negación de los hechos como a modo de negación de la autoría. La diferencia entre ambos conceptos se encontrará en si, tal afirmación o negación, se hace en la primera declaración o en las posteriores. Habrá retractación cuando se desdiga en las posteriores declaraciones, rompiendo así con la continuidad del discurso anterior, tanto si es para afrontar o bien si es para negar (los hechos o su autoría).

Cuestión importante es la de averiguar los motivos por los que una persona llega a autoinculparse ya que, tal impulso puede acarrear consecuencias negativas. Por eso mismo, el proceso penal dispone de unos mecanismos para corroborar esas acciones (parecen mecanismos de protección contra las consecuencias que acarrea la autoincriminación). Puede ser que una de las razones por las que se declara autor confeso es, que haya podido existido un mal asesoramiento jurídico, o incluso podrá ser fruto de una estrategia defensiva.

Para que el proceso penal tenga en cuenta una declaración donde se reconozca como autor, se deben avalar que, los resultados obtenidos por las diligencias ordenadas para el reconocimiento de la verosimilitud de lo confesado sean acordes con lo comunicado en la declaración autoinculpatoria. Siempre que tal declaración se haya producido sin vulnerar los derechos y las garantías, y haya sido respaldada por otras pruebas. Sólo de esta manera podrá ser considerada por el órgano judicial al adoptar la decisión.

Esto conlleva a afirmar que a autoincriminación no debe verse como una prueba consciente de la culpabilidad que acaba con la inocencia del procesado sin más. Por lo

tanto, no debe considerarse como *regina probatorum*.

Aunque la confesión no sea prueba suficiente para condenar, la confesión adquiere un significativo carácter de credibilidad cuando en acusado afirma y se conforma con la calificación delictiva en el juicio oral, ya que si asume la calificación de los hechos delictivos se podrá proceder a dictar sentencia condenatoria contra él. Por tanto, ya no hará falta ningún proceder más para la averiguación de la veracidad de lo confesado, más que nada porque anteriormente ya se procedió a recabar los datos suficientes para reconstruir los hechos y dar, por tanto, la calificación de los actos cometidos por el autor y los posibles partícipes. Otra cosa sería que, durante la celebración del juicio oral, el acusado, se manifestara revelando datos de forma verosímil y sustancial que hicieran imposible el juzgarle y por ello, se necesitara «nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria».

BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS CONSULTADOS

Libros y manuales

- ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, 7^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- ENCINAR DEL POZO, M. Á., VILLEGRAS GARCÍA, M^a. Á., et al., *Ley de Enjuiciamiento Criminal con jurisprudencia sistematizada*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2017.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 2^a ed., Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2015.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 6^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi 2014.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II*, 6^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi 2014.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, Atelier (Libros jurídicos) 2014.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *El interrogatorio del imputado*, Valencia, Tirant Monografías 2001.
- ROMERO COLOMA, A. M^a., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Madrid, Reus S.A., 2009.

- ROSA CORTINA, J. M. DE LA, *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*, Pamplona (Navarra), Thomson Reuters – Aranzadi, 2012.

- SOSPEDRA NAVAS, F. J., *et al.*, *Práctica del proceso penal*, 2^a ed., Madrid, Thomson civitas, 2004.

Artículos de revistas académicas

- MUÑOZ CONDE, F., “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, en *Revista Penal*, 23 (2009).

Recursos de internet

- *Diccionario de la lengua española (RAE)*. Disponible en Internet: <http://dle.rae.es/?id=AEYGVvc> (Fecha de acceso 17 de abril de 2017).

- *deChile.net*. Disponible en Internet: <http://etimologias.dechile.net/?declarar> (Fecha de acceso 9 de septiembre de 2017).

- *Eumed.net*. Disponible en internet: http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/mirm/cualitativo_cuantitativo_mixto.html (Fecha de acceso 13 de septiembre de 2017).

- *La redacción de Noticias Jurídicas*. “Contenido y novedades de la reforma de la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015 y por la Ley 41/2015”. Noticias Jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10551-contenido-y-novedades-de-la-reforma-de-la-lecrim-por-la-ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015>

[ley-organica-13-2015-y-por-la-ley-41-2015/](#) (Fecha de acceso 06/10/2017).

- PIMENTEL ZEGARRA, A. “La confesión sincera en el proceso penal”, *Diario correo, opinión*, disponible en internet <https://diariocorreo.pe/opinion/la-confesion-sincera-en-el-proceso-penal-344667/> (Fecha de acceso: 1 de octubre de 2017).

Jurisprudencia

- STC 229/91, de 28 de noviembre
- STC 68/2001, de 17 de marzo

- STS 135/1989, de 19 de julio
- STS 1357/2002, de 15 de julio
- STS 1695/2002, de 7 de octubre
- STS 498/2003, de 24 de abril
- STS193/2008, de 30 de abril
- STS 665/2011, de 28 de junio
- STS 726/2011, de 6 de julio
- STS 721/2012, de 2 de octubre
- STS 920/2013, de 11 de diciembre
- STS 390/2014, de 13 de mayo
- STS 118/2015, de 3 de marzo

