

LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto

SUMARIO: I.-IDEAS INTRODUCTORIAS. II.-ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, de 23 de diciembre: a) Fines; b) Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo; c) Presupuesto material de aplicación; d) Medidas protectoras –clasificación–; e) Otras cuestiones. III.-VALORACIÓN E INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. IV.-BALANCE Y CONSIDERACIONES FINALES.

I.- IDEAS INTRODUCTORIAS

La protección de los testigos y peritos en el proceso penal, desde una perspectiva meramente cuantitativa o numérica, desde luego, no ha constituido históricamente, ni constituye hoy, un problema especialmente extendido y preocupante para la Justicia Penal Española, pero, por contra, desde un punto de vista cualitativo, sin lugar a dudas, proyecta, de un lado, un conjunto de situaciones y fenómenos con honda repercusión en la

* Este trabajo –realizado en homenaje del ilustre abogado, e historiador «abulense», Don Eduardo Ruíz Ayúcar– encuentra su origen en las notas tomadas para la Ponencia desarrollada, por el que suscribe, sobre el tema que se dice en las Jornadas intituladas: «La Justicia Penal en el siglo XXI», celebradas en Valladolid los días 25 a 29 de noviembre de 1996, bajo la coordinación del Profesor Pedraz Penalva, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de dicha ciudad; y organizadas por la Asociación «Forum Jurídico Universitario» y el Departamento de Derecho Procesal de aquella Universidad. Agradecemos a doña María Teresa Rodríguez Moreno su colaboración por la redacción mecanográfica de este trabajo.

ciudadanía y en la opinión pública¹ y, de otro, expresa singularmente el marco dialéctico en que han de conjugarse los principios que vertebran la estructura del proceso penal, ya acompañándolo, ya distanciándolo, del modelo ínsito en nuestra Carta Magna y en los textos internacionales en materia de Derechos Humanos –ratificados por España– y que le sirven de complemento (artículo 10.2 de la Constitución).

Hasta tal punto en los meses siguientes a la promulgación de aquella Ley se vino polemizando y criticando posibles retrasos de la Administración en la asignación de recursos económicos y protección policial a determinados testigos judicialmente protegidos, que no faltaron reconocimientos públicos de algún alto cargo del Gobierno sobre eventuales carencias e insuficiencias en la materialización de concretas medidas protectoras prevenidas legalmente, prometiéndose la creación inmediata de un grupo especial de protección de testigos para «casos delicados», integrado por unos 50 agentes policiales; ni las difundidas declaraciones del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, indicando que promovería el inmediato desarrollo reglamentario de la Ley 19/1994 (desarrollo que, según la Disposición Adicional Segunda de la misma, debió quedar consumado a finales de diciembre de 1995, y en éstas estamos...) para evitar «pro futuro» la repetición de los denunciados «sucesos»...; ni las preguntas parlamentarias al Gobierno por diversos Diputados o Senadores acerca de si unos u otros testigos protegidos por decisión judicial reciben o no del Ministerio del Interior o Justicia los medios materiales, económicos y personales de protección que la ley dispensa (en especial, en torno al caso «GAL»); ni las quejas de diversos Sindicatos policiales por los «cuidados» excesivos a tales protegidos, cuando tanta escasez de medios existe en los Centros policiales; ni las de Amnistía Internacional de España, etc...

¹ La polémica acerca de la virtualidad y eficacia de la Ley a comentar no ha cesado desde su entrada en vigor, comenzando por los reales o supuestos escándalos periodísticos por la eventual falta de voluntad política para cumplir algunos de los contenidos de la misma. Especialmente significativos fueron algunos de los titulares de la prensa en el mes de noviembre de 1996, en los que podían leerse portadas tales como: «Caso Lasa y Zabala. Apalean, torturan y violan al último testigo protegido contra...»; y: «...tras varias horas de suplicio le arrojan a un vertedero, metiéndole en la boca el Auto del Juez... en el que se le declaraba bajo protección policial»; continuando las informaciones, con entrevistas incluidas en alguna cadena televisiva a testigos declarados protegidos o aspirantes a ello que relataban –con verdad o mentira, es algo misterioso– sus miserias, peripecias y protestas por desamparo legal... Transcurridos más de tres años y con ocasión de la celebración de la vista oral de aquel famoso caso, asistimos en este inicio del año 2000 al espectáculo de sorprendentes retractaciones de algunos de los testigos protegidos e incluso uno de ellos ha llegado a afirmar al Tribunal –la Audiencia Nacional– que no han sido los acusados o su entorno quienes le han amenazado para retractarse de sus anteriores declaraciones, sino el entorno de las víctimas; terminando por afirmar –según la prensa escrita ha difundido– que: «ser testigo protegido es lo que le ha hundido. Acuso a la Justicia de no preocuparse por los testigos...».

Y lo cierto es que en sectores doctrinales diversos y fundamentalmente en la praxis judicial (son ilustrativas al efecto algunas sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de finales de los años 80 y principios de los 90, a las que en su momento nos referiremos)² venía gestándose un clima de opinión, coincidente por lo demás con lo que sucedía en el Derecho Comparado³, en el que se denotaba —pese a no contar con estadísticas oficiales fiables— un aumento imparable de supuestos de incomparecencia de testigos o peritos, sobremanera a las vistas orales penales, por temor o por consumadas amenazas o represalias de parte de las personas encausadas en los procesos penales de relevancia.

Y común era también la opinión de que la tendencia alcista de tan reproducible fenómeno no cabía atajarlo eficazmente mediante el empleo de los arcaicos y dispersos mecanismos de protección que pudieran sugerirse en aislados preceptos de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal,

² También las Memorias de la Fiscalía General del Estado, en especial las de 1992 y 1993, venían constatando con alarma que la práctica de la prueba testifical se veía entorpecida, cuando no neutralizada, por el miedo o temor a deponer o testificar por los ciudadanos, particularmente tratándose de delitos cometidos por bandas armadas y terroristas; sin descartar que las presiones, amenazas, coacciones y otros medios que provocan el temor a declarar o informar, asimismo, se detectaban en procesos por delitos como los de robo o atracos violentos a entidades bancarias, los relacionados con el tráfico de drogas a media o gran escala, de «trata de blancas», de prostitución de menores, etc...

³ Tómese como muestra el Decreto-Ley de 15 de junio de 1991, sobre medidas en materia de secuestros de personas y para la protección de los que colaboran con la Justicia, en Italia (artículos 9 y siguientes); y también la «Victim and witness Protection Act» de 12-X-1982 en los EE.UU., en la que, mediante una agravación de las penas, se trata de impedir que las víctimas de delitos puedan ser objeto de represalias y actos de intimidación o venganza...; o la reforma holandesa por Ley de 11-XII-1993 (en vigor desde el 1-2-94) modificadora de la ley procesal penal («Wetboek van Strafrecht»).

A fin de cuentas toda la legislación comparada responde a las directrices apuntadas en múltiples textos de carácter multilateral, tales como: la Recomendación R (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal de 28-VI-1985; La Recomendación del VII Congreso de Naciones Unidas para la prevención de la Criminalidad y tratamiento de los autores de delitos, celebrado en Milán en 1985, así como la derivada del nuevo Programa de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y la Justicia Penal (Resolución 45/107, de 26-3-91), sobre Cooperación Internacional para la prevención del delito; y la 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad creando el Tribunal Internacional Penal para Yugoslavia; de carácter internacional oficial como el Tratado Internacional referido a la Convención contra la tortura (ratificado por España, B.O.E. 9-XI-1987), o el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, hecho en Roma el 17-7-1998. Doctrinalmente, Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara: Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección. En *Rev. de Derecho Procesal*, 1995, nº 2, Edersa, Madrid, 1995, pág. 409 y ss.; GARCÍA QUESADA, María: El miedo de los testigos. En *Cuadernos de Derecho Judicial (La prueba en el Proceso Penal)*, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 395 y ss.; ROMERO COLOMA, Aurelia M^a: Las relaciones entre la víctima y su agresor. En *Actualidad Penal*, 1993, T.I., págs. 127 y ss.; VELA-YOS MARTÍNEZ, Isabel: Protección de los testigos de cargo en el Sistema del Common Law. En *Rev. de Derecho Procesal*, 1996, nº 1, Edersa, Madrid, 1996, págs. 95 y ss.

tales como los artículos 683, 684, 687 (apercibimiento y expulsión del acusado u otras personas por alteración del orden en el plenario), 704, 709, 713 o, incluso, en los artículos 229 y 232.2 de la más reciente L.O. del Poder Judicial de 1985...; ni con el régimen general y difuso de protección del artículo 13 de la Ley Procesal Penal, o de los arts. 324 de la L.O.P.J. de 1870 y 51,1 del Reglamento Provisional de 1835 que establecía que los Jueces prestarán al amenazado por el delito los socorros, remedios o protección que puedan y legalmente deban darles.

De otra parte, aun cuando en el plano material o sustantivo la respuesta legislativa se produjo mediante la introducción en el Código Penal (texto refundido según Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre) del artículo 325 bis, mediante la L.O. 8/1983, de 25 de junio, es indudable que actuando la represión punitiva a posteriori, la susodicha norma sustantiva, con independencia de su no muy frecuente aplicación en los últimos 13 años, no ha servido —como se analizará en su momento— para atajar definitivamente el problema, llegando a señalarse por algunos autores que estamos ante una norma punitiva superflua y poco incisiva, que no evita la imperiosa necesidad de articular instrumentos procesales y de otro orden, adecuados para lograr la erradicación de tal estado de cosas.

En definitiva, puede concluirse que hasta la L.O. 19/1994, la protección de la libertad e integridad de peritos y testigos, ni por la vía del Derecho sustantivo o material, ni por la del adjetivo o procesal, alcanzaba un estado satisfactorio, ni venía asumida por un conjunto normativo armónico y con pretensiones de comprensión global.

Quizá no deba olvidarse que en el transfondo de todo ello subyace la reflexión de cómo hacer frente a los fenómenos del terrorismo y de la criminalidad organizada; desafío común que reclama la atención de las diversas políticas de seguridad interior europeas que, en muchas ocasiones, además de exigir un espacio policial conjunto con cooperación multilateral e intergubernamental (al efecto, el Foro Europeo de Trevi o los Pactos o Convenios de Shengen de 14-VI-1985 y 19-VI-1990, y más recientemente la cumbre del Consejo Europeo en Tampere en octubre de 1999 a los fines de la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el ámbito de la Unión Europea, comprensivo de una política común de efectividad de sentencias y resoluciones judiciales, la prevención y lucha común y eficaz contra la delincuencia organizada y del blanqueo de beneficios económicos, con la creación de la denominada Eurojust, de una Fiscalía y una Academia de Policía Europeas, la reforma de Europol, etc.), puede conllevar a nivel interno el establecimiento de medidas legislativas de carácter especial, heterogéneo, cuando no de emergencia o de excep-

ción, poco coherentes con algunos postulados en que se cimenta el Estado Democrático de Derecho⁴.

II.-ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, de 23 de diciembre⁵

a) *Fines*.

A la vista de lo expuesto, la decisión del legislador de promulgar la meritada L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de testigos y peritos en causas criminales (con fecha de publicación del día siguiente) es digna de loa y de acogida satisfactoria pues los fines propuestos y confesados en la misma son irreprochables, abstracción hecha de los medios elegidos para su cumplimiento; pero el tiempo transcurrido desde su entrada en vigor no induce sino al escepticismo respecto a los resultados prácticos que viene ofreciendo, no ya por sus deficiencias o lagunas que en el aspecto técnico presenta, sino, fundamentalmente, por el mantenimiento de la improvisación, la discrecionalidad no reglada en la atribución de medios y la falta de desarrollo reglamentario que dote de claridad y cer-

⁴ Cfr. MANGAS MARTÍN, Araceli: El espacio penal y judicial europeo en el marco general del Tratado de la Unión Europea y la perspectiva de su reforma. En C.D.J., C.G.P.J., 1995, nº XXIII, págs. 65 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: El C.E.D.H. y las Políticas de Justicia e Interior de la Unión Europea. En volumen anterior, págs. 321-344; MARTÍN PALLÍN, José A.: Terrorismo y represión penal. En Rev. Claves de Razón Práctica, nº 23, Madrid, 1992, págs. 26-34; MORENO CATENA, Víctor: El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Shengen. Las medidas de investigación de delitos. En C.D.J., nº XXII, cit., págs. 43 y ss.; REINARES NESTARES, Fernando: Las democracias europeas ante el desafío terrorista: algunas consideraciones. En Rev. de Estudios Europeos, nº 11, sept.-diciembre. 1995, págs. 3 a 9.

⁵ Para el desarrollo de este epígrafe seguimos el esquema de muchas de las afirmaciones de los escasos trabajos que hasta el momento se han publicado comentando la Ley y entre los que destacan: CARTAGENA PASTOR, Fausto: Protección de testigos en causas criminales: La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. En B.I.M.J. nº 1.578, oct. de 1995, págs. 79 y ss.; FUENTES SORIANO, Olga: La Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales. En Rev. de Derecho Procesal, 1996, nº 1, Edersa, Madrid, 1996, págs. 35 y ss.; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. En Actualidad Penal, 1994-3, págs. 723 y ss.; IDEM: El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. En Ponencias y Comunicaciones de los Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Año 1996. C.G.P.J. Tomo I, Madrid, 1997, págs. 183 a 214; GIMENO SENDRA, J.V./MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: Derecho Procesal Penal. Edit. Colex, Madrid, 1996, págs. 406 a 408; GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando: El Proceso penal. Edit. Trivium, S.A. 4ª edic. Madrid, 1996, págs. 226-227; MORAL GARCÍA, Antonio del/SANTOS VIJANDE, Jesús M.ª: «Publicidad y Secreto en el proceso penal». Edit. Comares, S.L. Granada 1996, págs. 149 a 153; ORTELLS RAMOS, Manuel: Protección de Testigos y Peritos (Ponencia oral desarrollada en las Jornadas citadas en el encabezamiento de este estudio). Más actuales son los trabajos de FERRER GARCÍA, Ana: «Diligencias de Protección al perjudicado y a los testigos». En C.D.J. III-1998, C.G.P.J., págs. 203 y siguientes; y de SALCEDO SECO, Andrés: «Protección de testigos e informadores». Ponencia presentada en el seminario Luso-Español sobre Cooperación Judicial Penal. Lisboa, noviembre de 1997.

teza a muchos de los contenidos de la Ley; todo lo cual puede hacer o está haciendo ilusorios, al menos en parte, los fines propuestos.

La lectura de la Exposición de Motivos de la ley deja a las claras el conocimiento de aquel estado de cosas, demostrativo de que en muchas ocasiones los ciudadanos no colaboran, o lo hacen a regañadientes o, si se prefiere, desatienden el deber constitucional y legal (previsto, entre otros, en los artículos 118 del texto constitucional; 17.1) de la L.O.P.J.; 264, 410, 420, 661, 725, etc., de la Ley Procesal Penal) de cooperar con los funcionarios policiales y con la Admón. de Justicia, por causa de sentir miedo o temor a enfrentarse con el acusado o personas de su entorno y sufrir eventuales venganzas o represalias de los mismos, en particular, cuando el testigo lo es la propia víctima del delito⁶.

Y, lo que importa ahora es examinar, dejando a un lado de momento eventuales cuestiones de calado constitucional o de principios, si aquellos buenos deseos del legislador están acompañados o no de una normativa adecuada que contenga cuantas medidas y procedimientos, tanto de orden material como procesal, pueden hacerlos realidad; esto es, si pueden paliar las reticencias y lógicas reservas de los testigos y peritos necesitados de protección, pasando a segundo plano la en estos casos deleznable nueva «amenaza» de la sanción estatal por denegación de auxilio a la Justicia en la vieja terminología; hoy, «obstrucción a la Justicia».

Y para conocer si los instrumentos y mecanismos arbitrados en la Ley pueden servir para generar confianza y transmitir u otorgar seguridad, estima y protección verdadera al que por sentirse atemorizado se muestra renuente a coadyuvar en el ejercicio del «ius puniendi» estatal, nada mejor

⁶ No deben desdenarse otra serie de factores y circunstancias confluyentes que parecen olvidadas por el legislador. En efecto, para eliminar el factor psicológico del miedo o temor (cuando a veces es subjetivo y carente de bases sólidas y objetivas) se hace preciso formular medidas de atención continuada de tipo psicológico que hagan ver al afectado que la amenaza es irreal o irrelevante, creando, además, el clima adecuado para que sienta que la eficacia policial está garantizada, que el entramado judicial ofrece una respuesta enérgica y puntual y para que obtenga la certeza de que su testimonio —aun tenga que asumir algunos riesgos— no será inútil y resultará fructífero para el funcionamiento del sistema jurídico-penal.

Si los ciudadanos no perciben que la prestación de su colaboración es apreciada y no una lamentable pérdida de tiempo, sintiéndose apoyados a todos los niveles por quienes le solicitan tal colaboración; que es fácil el acceso personal y la comunicación con los juzgadores y miembros del Ministerio Fiscal, exponiéndoles sus inquietudes y quejas, de nada servirá el ofrecimiento de formales medidas protectoras, ni tampoco las severas conminaciones que en el orden punitivo se contienen en los artículos 460 y 463, 1º del nuevo Código Penal. Vid. Circular 3/1997, de la F.G.E., sobre sanciones disciplinarias a presos y detenidos por desórdenes en la audiencia de Juzgados y Tribunales. Como insinúa FERRER GARCÍA (op. cit. pág. 216), el miedo o desasosiego que sufre el testigo se exaspera cuando se ve convertido en punto de atracción para los medios de comunicación, que pueden difundir no sólo su nombre y apellidos, sino también su propia imagen...

que verificar, aun lo sea de manera rápida, la exégesis del contenido de los cuatro artículos que la componen (sin perjuicio de que en la misma se haga referencia a algún otro texto legislativo), dado que las Disposiciones Adicionales, Derogatoria Única y Final Única, ningún comentario —por su sencillez— precisan.

Con tal análisis descriptivo estaremos provisionalmente en condiciones de apreciar si los fines de la Ley se combinan con el acierto del legislador a la hora de instrumentar los medios legales para hacer efectivos tales fines.

Los objetivos de la ley han venido ya proclamados por el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 19 de julio de 1999, al señalar que trata de establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen en juicio para colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio puede ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal; y permitir a la autoridad judicial mantener el anonimato de aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios, evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones de los acusados.

El alto Tribunal, aunque es consciente de su carácter «extraordinario», (sentencia de 13 de mayo de 1997: es una ley que responde precisamente a situaciones como la subyacente en el caso de autos —el llamado terrorismo de baja intensidad—) no desconoce que parte de principios que se encontraban ya en la ley procesal y en la jurisprudencia y que la protección dispensada por la misma al testigo no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado, pues, hace posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a testigos y a sus familiares (sentencia de 16-3-1998).

b) Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo.

El artículo 1.1 de la Ley, señala textualmente que: «*Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales*».

El tenor o dicción literal de la norma apuntada no deja margen interpretativo alguno, al venir referida «in genere» a la intervención de peritos y testigos en procesos penales, sin añadido alguno, por lo que ha de entenderse que la Ley en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo abarca y comprende todos y cualesquiera clase o modalidad procedimental de las hoy vigentes en nuestra Ordenanza Procesal Penal y legislación de complemento.

Extendiéndose, por tanto, los efectos de la Ley a todos los tipos procesales, con llamativo abandono de sus precedentes parlamentarios que reducían su aplicabilidad al ámbito de las causas penales incoadas por acciones terroristas, de bandas armadas, o grupos criminales violentos u organizados, sin duda para eliminar toda connotación de excepcionalidad, y apartando a un lado las críticas que pudieran verse por tal ensanchamiento por desmesurado e innecesario (la praxis judicial viene demostrando a las claras que la protección de testigos y peritos en las más de las veces en que se viene reclamando, deriva en un 90% de los citados supuestos delictivos derivados del terrorismo, de la acción de bandas organizadas o criminalidad vinculada al tráfico de drogas, etc.; o sea, de la persecución de graves acciones delictivas muy selectivas y excepcionales, las cuales, independientemente del cauce procedimental prevenido, exigen respuestas atemperadas a los derechos e intereses en conflicto), se impuso un criterio de no distinción y por ello generalizado de modo absoluto.

Siendo así, a priori, poco importará la clase, naturaleza, o gravedad de los delitos —a salvo de la incidencia que ello ocasione en la valoración del presupuesto material de aplicación— que hayan de enjuiciarse, bastando con la constatación de la existencia de un proceso penal en el que sea factible y procedente la adopción de cualesquiera de las medidas protectoras de las enumeradas legalmente, quedando así afirmada —como ya ha venido resaltado por determinados autores— no sólo su pertinencia para los tipos procedimentales de la Jurisdicción común u ordinaria (Sumario ordinario, con y sin intervención del Tribunal del Jurado; Procedimiento Abreviado, Juicio de Faltas, más los especiales), sino también, en el Procedimiento de Menores, apenas diseñado en la L.O. 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, y los dimanantes de la Jurisdicción Militar contenidos en la L.O. de Procedimiento Militar, de 13 de abril de 1989, etcétera.

Habrà de convenir en lo dificultoso y poco razonable que deviene imaginar hipotéticamente que la intervención de un testigo o perito en un sencillo Juicio de Faltas pueda dar lugar a la puesta en marcha de algunos de los mecanismos o medidas protectoras prevenidas legalmente⁷.

⁷ La Proposición de Ley 122/000154 (B.O.C.G., de 12 de febrero de 1993) presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, entendemos que con mayor sentido de la realidad limitaba el ámbito objetivo de aplicación —art. 1— a las causas criminales incoadas: «con motivo u ocasión de actos delictivos cometidos por elementos terroristas, personas integradas en bandas armadas, o vinculadas a las mismas, así como por grupos criminales violentos organizados» o: «como consecuen-

Más dudoso nos parece el planteamiento de CARTAGENA PASTOR de admitir tal hipótesis y la adecuación de la ley a las denominadas diligencias de investigación que el Ministerio Fiscal puede practicar en el seno de las Diligencias investigadoras, al amparo del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), por cuanto no sería descartable, en principio, que este último para la comprobación del hecho denunciado a su presencia precisara hacer comparecer al denunciante o persona comprendida subjetivamente en la Ley 19/1994; pero, siendo ello así, tal hipótesis resulta artificiosa en razón de que correspondiendo a la autoridad judicial competente la adopción de la medida protectora que en tal caso pudiera serle solicitada por el propio Ministerio Público, necesariamente la misma habría de insertarse y provocar la oportuna incoación del pertinente proceso penal; con lo cual, de modo inmediato, según lo impone el núm. 3 del mencionado artículo 785 bis, el Ministerio Fiscal habría de cesar en sus diligencias de investigación y difícilmente habría tiempo material para satisfacer la hipótesis aludida.

La determinación del ámbito subjetivo de aplicación requiere una precisión conceptual y terminológica previa, cual es la de que por definición

cia de la investigación o persecución, por parte de las Fuerzas de Seguridad, de aquellos hechos»; partiendo del incontestable dato de que las reticencias a colaborar se detectan casi en exclusiva en tal clase de causas.

Frente a la crítica de la excesiva amplitud del precepto, que no limita ni excluye su aplicación en procesos por delitos no graves o faltas en los que aparentemente no se propician situaciones de riesgo para sus intervinientes, no cabe obviar que protección y justicia ha de otorgarse tanto en los casos de extrema gravedad y con repercusión social y mediática, como en los escasamente trascendentes.

En esta línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 11-3-1998, recuerda que las medidas de protección de testigos encaminadas a que la obligación cívica de denunciar o de testificar no se vea gravada con el temor de represalias por parte de los interesados en que el testimonio no llegue a producirse, para eludir con ello la acción de la Justicia, no ven restringida su adopción ni constitucional, ni legalmente, a los supuestos de persecución de delitos graves, tal vez porque su fundamento no está tanto en facilitar la persecución de los delitos, sino en la protección de la Admón. de Justicia y, en suma, de la eficacia del Estado de Derecho, que se ve gravemente en cuestión cuando los delitos son silenciados o encubiertos por el temor que suscitan sus responsables a la población, no garantizando la protección de quienes se ven coaccionados por el cumplimiento de sus deberes cívicos.

Dicha Audiencia conocía de un delito de contrabando de tabaco (infracción penal no grave) y se cuestionaba que se otorgara protección legal a un testigo (conservación de su anonimato), dada su calidad de transportista que frecuentaba las rutas utilizadas por bandas organizadas dedicadas a dicho tráfico.

En último término, el legislador ha optado por la no restricción; piénsese que para el procedimiento de menores, el artículo 37,3 de la L.O.5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (que entrará en vigor el 13 de enero de 2001) declara que en este procedimiento «se aplicará lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales».

el testigo y el perito son terceros ajenos al proceso, que son llamados a declarar o informar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de hechos o conocimientos empíricos acaecidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado —testigo directo—, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios o a través de otras personas —testigo de referencia—, bien por poder explicarlos conforme a su ciencia —perito—, etc.; resultando que la víctima u ofendido por el delito, hasta ahora mero convidado de piedra del proceso penal, al que, tras un amplio debate doctrinal en toda Europa, en los últimos años parece que el legislador trata de rescatar del ostracismo y abandono en el que secularmente se le ha tenido⁸, es, o puede ser, parte del mismo, de modo y manera que solo impropia y la víctima puede considerarse o calificarse como «testigo», por lo que como ha señalado el Tribunal Supremo (por ejemplo, en una sentencia de 29 de noviembre de 1991) estamos en presencia de un testigo «muy especial», rodeado e investido de un estatuto jurídico específico y distinto, como se infiere —además— del contenido de diversos preceptos como los artículos 13, 366, 680, 781, 785, regla 8ª, apartado «g», 786, regla 1ª, 906, etc.; todos ellos de la Ley Ritaria.

No obstante ello, ninguna dificultad interpretativa insalvable existe para afirmar que también el testigo —víctima (aun cuando en la tramitación parlamentaria de la Ley se omitió toda referencia expresa a la víctima), a los efectos pretendidos es testigo y desde luego con mayores motivos que

⁸ Propiciar la intervención procesal de la víctima y ampararle en sus derechos es algo que ya fue destacado en la Recomendación n.º R (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal; y ha encontrado traducción parcial en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, así como las más recientes, L.O. 14/1999, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (B.O.E. de 10 de junio de 1999), y Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, etcétera.

Desde este ángulo, la L.O. 19/94 no deja de suponer un avance para otorgar un mayor protagonismo a la víctima-testigo en el desarrollo del proceso, en cuanto intenta la neutralización o amonación de los riesgos de una victimización secundaria de la misma, lo que ha de venir acompañado de planteamientos más ambiciosos.

Cfr. BERINSTAIN PIÑA, Antonio: ¿La sociedad/Judicatura atiende a «sus» víctimas/testigos?. En C.D.J., C.G.P.J. 1993, n.º XVI, págs. 161-222; BUENO ARUS, Francisco: La atención a la víctima del delito. En Recopilación de Ponencias y Comunicaciones de Planes de Formación del C.G.P.J., Vol. I, Madrid, 1993, págs. 601 a 625; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: El redescubrimiento de la víctima... En C.D.J., C.G.P.J. 1993, Vol. XV, págs. 287-320; MARTÍN PALLÍN, José A.: El interrogatorio de imputados y testigos. La víctima. La protección en la fase sumarial. Especial consideración de la misma en los delitos contra la libertad sexual y en los atracos con violencia o intimidación en las personas. En C.D.J., C.G.P.J., 1992, Vol. I, págs. 323-381.

nadie se hace merecedor a acogerse a las medidas protectoras que en la Ley se contemplan, de concurrir en su persona los requisitos y presupuestos requeridos⁹.

Por otro lado, cabe significar los supuestos más conflictivos de los coimputados o coacusados que delatan o inculpan con sus manifestaciones y declaraciones a otros encausados y partícipes en los mismos hechos delictivos, o del llamado «acusado arrepentido» (imputado y a la vez confidente); cuya actuación en los delitos de terrorismo, por ejemplo, ha de merecer –aun sólo sea por meras consideraciones de oportunidad y de política criminal– un trato benévolo a la hora de la imposición de la pena, como se plasma ya en el artículo 579 del nuevo Código Penal; o del mero «confidente policial» en sentido propio, etc.; y si tales figuras pueden prestar declaraciones testificales de importancia trascendental, pese a su carácter ambivalente, mixto o especial, como la misma jurisprudencia enseña, cabrá afirmar que podrán quedar amparadas por el texto legal, so pena, de excluirlas, de frustrar los propósitos que en el mismo se consiguan de modo explícito.

Merece destacarse especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1998, por cuanto que en la misma se suscita el problema (por otra parte artificioso) de si a los agentes de la Policía (en el caso, de la Comunidad vasca) les era aplicable la Ley 19/94, al haber cuestionado la defensa de los acusados que el Juzgado Instructor, ex art. 4-2 de aquélla, hubiera preservado su identidad, medida de protección mantenida por la Audiencia con remisión a la motivación del primero y con comunicación a las partes; y frente a la «argumentación» de la exclusión del régimen de protección por causa de su «deber» general de obediencia a las autoridades ejecutivas del Estado y, por ende, de declarar a cara abierta en audiencia pública, el T.S., firmemente, declara que tal ley no establece obstáculos para que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado puedan ser objeto de la protección que en ella se dispensa, abundando en que la S.T.E.D.H. de 23-IV-1997 (Van Mechelen contra los Países Bajos) –que trata de las posibles diferencias en la protección del testigo ciudadano-común y del testigo-policía y de la incidencia del anonimato de estos últimos–, viene a legitimar la preservación del anoni-

⁹ En la Proposición de Ley a que nos referimos en la nota 7, con acierto y de modo explícito, se hacía referencia a la figura del «denunciante» como sujeto protegible (art. 1). Sobre figuras que pueden ostentar en algún momento tal carácter, Cfr. MENA ÁLVAREZ, José M.^º: Tratamiento penal del partícipe arrepentido. En C.D.J., C.G.P.J. 1992, nº XXI, págs. 293 a 306; VELASCO NÚÑEZ, Eloy: El Confidente. Obra anterior, págs. 361 a 376; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido». En Rev. la Ley, T. V., 1996, págs. 1.463 y ss. (Con la bibliografía que allí se cita).

mato de un policía dedicado a actividades secretas con el fin de proteger su seguridad y la de su familia.

En este contexto ha de situarse la figura del llamado «agente encubierto» (que obtuvo sanción legal a través de la L.O. 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, mediante la introducción en aquella ley del artículo 282 bis, y que, como su propia Exposición de Motivos reseña, supone un complemento del régimen de protección de la L.O. 19/94).

Entendiendo por tal al funcionario de la Policía Judicial que utiliza una identidad ficticia en el seno de una banda criminal y durante el desarrollo de una investigación delictiva, el señalado art. 282 bis, posibilita el otorgamiento y la utilización por el agente de una identidad falsa que la autoriza bien el Juez de Instrucción, bien el Ministerio Fiscal, por resolución fundada y proporcionada al fin perseguido (en la que constará el verdadero nombre o identidad del agente, pero conservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad).

Esta identidad supuesta la materializa el Ministerio del Interior por plazo de seis meses prorrogables, y permite la actuación con ella incluso en el tráfico jurídico y social ajeno a la actividad investigadora, con posibilidad de que en la fase de plenario se dicte nueva resolución que mantenga la misma y, además, con aplicación para el agente de cualesquiera de las medidas protectoras de la Ley 19/94, que le sirve de complemento.

Tanto el agente infiltrado como el mero confidente policial, (policía o no) pueden ser testigos relevantes, cualificados, que aún moviéndose en los límites del equilibrio entre la eficacia de la investigación delictiva para la defensa de la sociedad frente al crimen organizado, de una parte, y las garantías constitucionales y procesales del acusado, de otra, a la postre, su testimonio e informaciones en la vista oral pueden ser valoradas como pruebas de cargo aptas para enervar la presunción de inocencia, siempre que no sean anónimas (en cuyo caso sólo servirían para transmitir la noticia criminis, pero no de fundamento directo de prueba de cargo, aunque sean llevadas al proceso por testimonios de referencia)^{9 bis}.

^{9 bis} Sobre este punto y comentando la S.T.S. de 26-9-1997, Vid. AGUILERA MORALES, M.: Valor procesal de las declaraciones realizadas por confidentes policiales anónimos. En Rev. Tribunales de Justicia, 1984-4, págs. 485 y ss.; y FASSONE Elvio.: La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada. En la Rev. Poder Judicial, nº 48; Edita: C.G.P.J. Madrid, 1997, págs. 417 y ss.

Para completar este epígrafe conviene aclarar que si bien la Exposición de Motivos declara que pretende tutelar los derechos «inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares», en verdad, en el núm. 1 del artículo que comentamos en manera alguna el círculo de familiares que queda descrito en el núm. 2 del mismo artículo 1, es susceptible de protección inmediata y directa por aplicación de las medidas legales, por lo que más bien se trata de causas y motivos para proteger al perito o testigo al que se unen familiarmente, lo que no empece para que puedan ser protegidos conforme al difuso régimen común u ordinario.

En consecuencia, puede concluirse que tales «familiares» no son titulares directos o sujetos activos protegibles inmediatos de los preceptos de la Ley 19/1994, aunque puedan, mediata e indirectamente, verse favorecidos de los efectos protectores derivados de las medidas que fueren acordadas en favor de su principal, al que familiarmente aparecen vinculados ¹⁰.

Espinosa y delicada es la problemática que suscita, como se irá desgranando, el menor víctima de delitos graves cuando haya de adquirir la condición de testigo protegido, pues en dicho supuesto la conciliación de sus intereses y derechos y los del acusado, presunto agresor, impone la necesidad de arbitrar mecanismos muy específicos de actuación procesal que, respetando las garantías constitucionales del procedimiento, conside-

Sobre las diferencias entre «agente encubierto», «agente provocador» y «delito provocado», en los últimos años es copiosísima la jurisprudencia del T.S. La más reciente, en sentencias de 20-V-97, 9-III-98, 30-X-98, 20-XI-98, 25-I-99, 16-IV-99, etcétera.

Acerca del nuevo art. 282 bis, Cfr. DELGADO MARTÍN, J.: El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. En *Rev. Actualidad Penal* nº 1, enero de 2000, págs. 1 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: El agente encubierto. En *Rev. La Ley*, tomo II, Madrid, 1999, págs. 1954 a 1957; MONTÓN GARCÍA, M.⁸ L.: Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos. En *Rev. La Ley*, Diario nº 4826, de 25-VI-99; PÉREZ ARROYO, Miguel R.: La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto... En *Rev. La Ley*, Diario nº 4987, 4988 y 4989, de 8, 9 y 10-II-2000; QUERALT, J.J.: Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada. L.O. 5/1999, de 13 de enero. En *Rev. La Ley*, Diario nº 4933, de 23-XI-99; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: Comentarios a la L.O. 5/1999. En *Diario Act. Jca. Aranzadi*, nº 380, de 4-3-99.

¹⁰ Bajo criterios más generosos aquella Proposición de Ley hacía especial hincapié en que las normas protectoras previstas en su articulado debían extender sus efectos a los miembros de las fuerzas policiales involucradas en la lucha contra la delincuencia violenta organizada, tanto para la salvaguarda de su seguridad personal, como para la eficacia del servicio, siempre que en aquellos miembros no se apreciaran por la autoridad judicial: «indicios racionales de criminalidad en su conducta» (apartado «b» del párrafo 2º, del señalado art. 1).

Vid. nota anterior.

Pese a que el sistema de protección está basado en la intervención en el proceso, por lo que sólo el que está llamado a intervenir en el mismo puede verse beneficiado por la Ley, FERRER GARCÍA (op. cit. pág. 227) no ve inconvenientes en realizar una interpretación extensiva del artículo 3-2º de la misma para permitir, previa solicitud, que los familiares del testigo o perito protegidos, si ven comprometida su seguridad, puedan verse beneficiados por medidas de custodia y protección, siempre que ello no suponga limitación alguna de derechos fundamentales de terceros...

ren la situación de excepcionalidad en que se halla el menor como víctima y, por ende, como testigo.

Basta por el momento anticipar que la seguridad intrínseca del menor, debe abocar a la configuración dentro del proceso penal de un status adecuado y más propicio, lo que está comenzando a ser una realidad legal.

c) Presupuesto material de aplicación.

Pasando a analizar el presupuesto o requisito material de aplicación de la Ley, éste se contempla en el núm. 2 del citado artículo 1, el cual, literalmente dispone que:

«Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos».

En este ordinal, en primer lugar, se confiere de modo exclusivo y excluyente la potestad o facultad de acordar o no acordar la adopción de cualquiera de las medidas protectoras previstas en la Ley a la autoridad judicial, tanto al Juez Instructor como, para después, en su caso, al Juez o Tribunal sentenciador (dado que, como veremos, su adopción procede en fase sumarial o de instrucción y/o en la fase de plenario o enjuiciamiento oral, según el tenor de los artículos 2 «a» y 4.1 de la Ley); pronunciamiento —mediante Auto— en todo caso motivado y razonado, no ya por genéricos imperativos constitucionales (artículo 120.3 de la Carta Magna), si no por imponerlo así el artículo 5 de la propia Ley.

Decimos que la decisión o resolución judicial ha de revestir la forma de auto (artículos 245 «b», 248.2 de la L.O.P.J. y 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) puesto que si bien el precepto guarda silencio en este punto, así como en relación a los trámites procedimentales mínimos que han de acompañarla, de una parte, la fórmula de la «providencia» en adecuada inteligencia con el señalado artículo 141 resulta inadmisibles y rechazables de todo punto de vista y, de otra, habrá de sobreentenderse que aun cuando el Juez o Tribunal pueda acordarla de oficio o de «motu proprio» (independientemente de la fase procesal de que se trate), en buena lógica, presupone que conoce o habrá conocido —lo más frecuente de forma verbal por comunicación personal del testigo o perito que se siente amenazado y en peligro— la situación que exige la protección; y si la noticia le viene por otro conducto (a través de solicitud policial o del mismo Ministerio Fiscal) parece razonable oír previamente al afectado (para que

preste su consentimiento y concurso y se conozca su disposición a colaborar en la materialización de unas medidas que inciden en su vida diaria de forma decisiva); lo que casi siempre no sólo será conveniente, sino imprescindible.

Al igual, entendemos que, en razón de las funciones que constitucionalmente tiene asignadas el Ministerio Fiscal, (promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, etc., ex artículo 124.1 del texto constitucional) ha de oír y dársele por el Juzgador traslado urgente al Ministerio Fiscal antes de resolver lo que proceda; trámite de audiencia previo que obviamente no podrá reclamar el letrado defensor o el propio inculpado, so pena de desconocer los contenidos de la Ley, y ello sin merma de que conocida por aquéllos la adopción o acuerdo judicial de medidas pueda combatirlo mediante la intitulada «acción de contradicción» a que se refiere el artículo 2 y que, se nos antoja, sólo podrá materializarse mediante el ejercicio de los recursos ordinarios prevenidos en el régimen común de impugnaciones, según la fase procesal en que se encuentre, y conforme al tipo procedimental en juego.

En igual sentido, FLORES PÉREZ, (nota 21 bis), quien conforme en que no está vedada la adopción de oficio por el Juez o Tribunal por tratarse de una cuestión de orden público, propone la reforma de la norma, regulando explícitamente una «comparecencia previa», declarada parcialmente secreta, ante el Juzgador y el Ministerio Fiscal, a fin de que los testigos sean oídos respecto a los posibles y futuros riesgos o peligros que tratase de inocular.

Y, en segundo lugar, la norma examinada describe la situación material o de hecho que se erige en el pilar de apoyo y fundamento de la resolución judicial, cual es la de la necesaria «apreciación racional de un peligro grave o riesgo» para el sujeto solicitante de la medida; circunstancia habilitante que habrá de quedar justificada o acreditada «prima facie» con un mínimo principio probatorio que la haga racionalmente presumible o previsible con un alto grado de probabilidad, para que así pueda anudarse la consecuencia jurídica dispuesta.

En este contexto, han de ponerse en estrecha conexión las previsiones del núm. 2 del artículo 1 con el inciso primero del artículo 2, en el que se ratifica que la circunstancia o hecho habilitante para el Juzgador se concreta en la estimación del «grado de riesgo o peligro» para el afectado directo o de las personas de su entorno familiar ya reseñadas, lo que implica un ejercicio de valoración racional y presuntiva.

Utilizando el legislador un arquetipo o fórmula estereotipada, como lo hace para otros institutos procesales, cabe entender que ha de tratarse de un estado de cosas por el cual el testigo o perito ha sufrido ya o está en trance de sufrir, bajo presión de cualquier tipo, violencia o intimidación etc., es decir, un mal inminente y grave en sus bienes y derechos más esenciales (vida, salud e integridad física y psíquica, libertad, patrimonio, etc.) o en los de algunas de las personas de su familia, proveniente precisamente de parte de los acusados o personas allegadas.

Ni qué decir tiene que el legislador, que no ha querido atenerse a módulos rígidos, preestablecidos, y siempre difíciles de concretar, deja a la prudente discrecionalidad y recto arbitrio del Juez Instructor y/o del Juez o Tribunal sentenciador la ponderación o juicio valorativo en torno a la estimación de la concurrencia o no de la circunstancia de grave peligro o riesgo, y sobre su grado, extensión o intensidad, con análogo significado a los criterios que presiden la adopción de otras medidas cautelares propias del proceso penal; esto es, con cuasi absoluta libertad a la hora de modular la entidad, el «quantum», y los indicios y signos externos demostrativos del riesgo o peligro que valora, según los extremos fácticos que se le hayan acreditado mínimamente; y, en último término, con el otorgamiento de un marco flexible y gradual en la elección de las medidas que dentro del elenco legal (sostenemos que presidido por un sistema de «*numerus clausus*», puesto que pudiendo menoscabar derechos fundamentales del acusado no cabrán interpretaciones analógicas o extensivas) se le ofrecen.

Ya ha tenido ocasión el T.S. de ofrecer una idea de lo que sea «peligro grave» en la sentencia de 3 de marzo de 1999, al identificarlo con la expresión de un mal muy probable contra la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la Administración de Justicia, o de sus allegados; tratándose de un concepto objetivo, pues, aunque aparece teñido de subjetivización por quien lo siente, la objetivización ha de realizarla el Juez o Tribunal en vista de los intereses en juego y la situación de conflicto.

Por tanto, serán criterios de razonabilidad y experiencia los que determinarán la distinción entre situaciones subjetivas no graves (de mera incomodidad o reticencias) y de verdadero riesgo para la vida o integridad física e indemnidad, desarrollo y equilibrio psíquicos (todos ellos bienes jurídicos tutelados penalmente); y los que permitirán ponderar el derecho a un proceso justo del acusado frente a la seguridad de los testigos y la efectividad de la prueba testifical o pericial como prueba de cargo o de descargo...

El mismo T.S. (sentencia de 25 de abril de 1997) da primacía como factor y circunstancia razonable habilitante y expresiva de peligro o riesgo grave concreto la condición de policías de los testigos que aparecen vinculados al fenómeno del terrorismo, máxime si viven y desarrollan sus funciones en el País Vasco, lo que hace suponer fundadamente que puedan ser objeto de represalias; de manera que son indispensables las medidas

encaminadas a evitar que puedan ser vistos directamente por los acusados para proveer a su personal seguridad y al éxito de futuras actuaciones profesionales.

De modo similar se cita la objetividad y realidad indiscutible del temor que puede sentirse a las eventuales represalias por parte del adquirente de droga frente a los traficantes de la misma que, sin escrúpulo alguno, se deciden a este comercio ilegal tan dañino para la salud de los hombres...

Especial cuidado habrá de tenerse cuando se trate de testigos menores de edad, pues su mayor vulnerabilidad psicológica exige un enfoque más sensible y una valoración más subjetivizada frente a la objetiva del adulto experimentado.

Y es que, también, la aplicación más cuidadosa, abierta y sensible en favor del testigo menor y de sus familiares allegados de las medidas de los artículos 2 y 3 de la ley viene inducida inexcusablemente por los fines y contenidos de la L.O. 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, (pensamos, por ejemplo, en la preservación rigurosa de su identidad y fisonomía frente a los acusados, terceros y medios de información).

Son de reseñar por su claridad el ya anotado Auto de la Sección 1ª de la A.P. de Lleida de 11 de marzo de 1998 en el que declara como fundamento bastante para la protección el que el testigo (transportista) tema las represalias de una banda de contrabandistas que comparten las mismas rutas; y la sentencia de la Sección 1ª de la A.P. de Ciudad Real de 17 de marzo de 1999, que rechaza enérgicamente el intento de la autoridad policial de dar apariencia de testigo protegido a un «confidente» (del que no reveló sus datos personales) y omitiendo su sometimiento al control del Juzgado Instructor, único competente para la aplicación de la ley comentada...

Dado el arbitrio concedido a la autoridad judicial no estaba de sobra la fijación de un concreto sistema de impugnación que, en este caso, además, más tarde se especifica en el uso de los recursos pertinentes (de reforma o súplica y por el cauce de los artículos 217, 219 y siguientes y 236 y siguientes de la Ley Procesal Penal, a los que hace un reenvío el núm. 2 del artículo 4 de la Ley) y en el llamado «juicio revisorio» que en el núm. 1 del mismo artículo se introduce como obligatorio para el órgano jurisdiccional sentenciador¹¹.

¹¹ Lo denominamos juicio revisorio porque no otra cosa supone, desde el momento en que de modo inmediato el Juez o Tribunal ha de proceder a la revisión de lo acordado en esta materia por el Juez Instructor. Lo expresa el art. 4.1 de la Ley con estas palabras: «Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate».

El establecimiento de este juicio de revisión, si gira bajo la idea de que terminada la fase intermedia del proceso llegamos al momento decisivo del juicio oral, en el que se expresa la verdadera armonización y respeto de los principios más sustanciales del mismo, como regla general, se muestra acertado, si bien su concreta regulación o desarrollo merece algunas matizaciones.

En primer lugar, nada se dice o se prevee de modo expreso respecto a la eventual posibilidad de que el Juez de Instrucción hubiera denegado en su momento de modo total la adopción de medidas protectoras, destacándose así la existencia de una laguna legal, dado que si el precepto habla de «mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las ya adoptadas» y de la adopción de «otras nuevas», está presuponiendo que la referencia viene hecha a alguna medida acordada de antemano por el Instructor.

La pregunta inmediata a formular es la de si puede el órgano judicial que va a celebrar el juicio oral, acordar «ex novo» medidas protectoras en favor de algún testigo o perito que nunca con anterioridad por ellos fueron solicitadas o, incluso, le llegaron a ser denegadas por el Instructor.

En este punto, la respuesta, por lo menos para su primera parte, ha de ser afirmativa, pues si la eficacia de la Justicia Penal donde realmente ha de preservarse es en el juicio oral (y el concurso del testigo o perito en este último es esencial para la existencia de auténtica prueba de cargo) habrá que convenir que el Tribunal sentenciador está legitimado para acordar por primera vez cuantas medidas sean procedentes, al no poder descartarse la variación o modificación de circunstancias, cual, por ejemplo, que no existiendo hasta el momento coacción o anuncio de amenaza o represalia, etc., contra los testigos o peritos, la inminencia de la vista oral —y lo que ello supone— desencadene la aparición de las situaciones de peligro o riesgo para aquellos...

Si tales novedosas circunstancias no fueren tales, o ninguna alteración suponen a las ya tenidas en cuenta por el Instructor, es criticable la previsión legal, dado que deviene absurdo imponer al Juzgado o Tribunal decisor un nuevo pronunciamiento acerca de medidas que pueden venir por todas las partes consentidas o incluso refrendadas —tras la utilización de los recursos pertinentes— por el propio órgano, no existiendo ningún dato distinto que permita reflexionar acerca de la conveniencia de mantenerlas «in integrum», modificarlas, o suprimirlas en todo o en parte (a salvo de las que «ope legis» han de quedar sin efecto, cual el levantamiento del secreto de la identidad del testigo, por respeto escrupuloso del derecho de defensa del acusado y de los principios procesales).

Con mejor técnica, debió el legislador indicar expresamente que las medidas podrían quedar sin efecto, modificarse, adoptarse por primera

vez, etc., cuando concurriera una variación o modificación del presupuesto material o hecho habilitante, con independencia del órgano judicial llamado a acordarlas.

No obstante ello, no podemos dejar de reconocer que constituyendo las declaraciones testificales en fase sumarial simples actos de investigación mientras que en el plenario se erigen en verdaderos actos de prueba, es lógico concluir que no pueden o deben ser idénticos los criterios de adopción de medidas que presiden la actuación del Juzgado Instructor que los del órgano sentenciador...

En todo caso, el T.S. ya ha dado cuenta del aformalismo y flexibilidad máxima con que ha de operarse en la aplicación de los preceptos analizados.

En este sentido, en sentencia de 13-V-97, ha puntualizado que los artículos 2 y 4.1 de la Ley revelan inequívocamente tanto la posibilidad de adoptar decisiones parciales sobre las medidas protectoras, como de modificarlas en el curso de la causa, gozando de legitimación el órgano de enjuiciamiento para adoptar tantas cuantas medidas de carácter novedoso tenga por conveniente.

En la de fecha 24-VI-97, frente al reproche de la defensa de que en la vista oral un testigo prestó su testimonio de manera oculta, sin el pronunciamiento de auto previo de la Sala, asevera que como se tramitó un incidente preliminar al inicio de la comparecencia de plenario y, previa deliberación de los Magistrados y se pronunció, motivada y verbalmente, un acuerdo de adopción de tal medida, que quedó incorporado al acta de la vista, no se produjo merma de garantías para el acusado; careciendo de trascendencia el que la decisión consignada en el acta no se refiriera a la existencia de «peligro grave» para el testigo, o no se reflejara en un Auto de modo separado, porque la medida de protección era asumible «in situ» bajo los parámetros del meritado art. 4.1.

Doctrina que reitera en la de 9-3-99, pues, abriéndose un incidente en el plenario de carácter contradictorio en el que las partes pueden exponer sus alegaciones, las irregularidades procesales previas carecen de valor anulatorio, máxime cuando por la vía del recurso de casación pueden impugnar la validez del acuerdo que adoptó la medida protectora.

Y en la de 3-3-99 conoce del caso en que, anónima la identidad de un testigo protegido por decisión del Juzgado de Instrucción, la Audiencia, en un principio, y con violación del art. 4.3 de la ley, rechaza levantar el anonimato al resolver sobre la pertinencia de las pruebas a practicar en la vista oral, mas, a posteriori, enmienda su decisión por cuanto al inicio de esta última —tras la reproducción de la petición de prueba y consiguiente protesta— comunica a las partes el nombre y apellidos de aquel testigo antes

de su interrogatorio y, si bien la defensa rechazó tal conocimiento, a la postre con tal conocimiento y sabida ya su identidad real fue interrogado; por lo que tales irregularidades procesales no causaron indefensión al haberse cumplido con la ley (fuera como fuere al final el testigo apareció identificado realmente y se le interrogó como tal, con contradicción y publicidad...).

Ahora bien, si no se desvela en el plenario la identidad del testigo debido a la pasividad o impericia de la defensa, por no solicitarlo en momento alguno (ni en el escrito de defensa, ni con posterioridad) ningún reproche cabe hacer a la validez del testimonio prestado en aquél en tales condiciones (sentencia de 19-VII-99).

d) Medidas Protectoras –Clasificación–.

Un examen conjunto de todas las medidas de protección que la Ley puntualiza en sus artículos 2 y 4, induce a pensar que estamos ante una regulación poco precisa y parcial en comparación con algunas regulaciones del Derecho Comparado, en especial con los más acabados, perfeccionados, y experimentados modelos de protección de testigos y víctimas del sistema jurídico anglosajón («Informer privilege»)¹².

Y como ha señalado el Profesor ORTELLS RAMOS¹³ estamos ante una amalgama de medidas, unas de pura naturaleza económica o pecuniaria y otras de puro orden procesal; las primeras, costosas para el erario público, pero sin ninguna incidencia o menoscabo en el sistema garantista diseñado por nuestra Constitución para el ejercicio del derecho de defensa; las segundas, sin coste apreciable para las arcas públicas, pero provocadoras de mermas y restricciones tolerables respecto a aquel derecho y de consagrados principios procesales, sobremanera los de contradicción y publicidad.

Podría decirse sin temor a error que el aspecto puramente monetario condiciona cada vez más la Justicia Penal, de manera que la aportación de recursos económicos evita o mediatiza la formulación de mecanismos restrictivos de derechos en el ámbito del proceso y, a la inversa, en otros supuestos, la escasez de tales recursos obliga al legislador a buscar alternativas que pueden incidir en alguna medida en las exigencias del proceso debido¹⁴.

¹² Cfr. VELAYOS MARTÍNEZ, Isabel: Protección de los testigos. cit. pág. 99.

¹³ En la Ponencia que de modo magistral expuso sobre el tema, y a la que ya hemos hecho referencia.

¹⁴ No sólo en esta sede se denotan tales planteamientos; piénsese en las voces que últimamente vienen clamando en contra de la institución del Jurado por causa de su alto coste económico; llegándose por algún miembro de la Carrera Judicial, de manera intempestiva, y en términos economicistas, a manifestar a la Prensa escrita que con los recursos dinerarios aportados para un único juicio por jurados, Jueces técnicos –o al menos quien lo dijo– dictarían unas 200 sentencias. Sobra cualquier comentario.

En cualquier caso, y siguiendo tales criterios, pueden ordenarse las medidas protectoras, para su exposición, en dos grandes grupos, a saber: a) Medidas dirigidas a preservar, salvaguardar y ocultar la identidad del testigo y perito en su estatus personal y profesional, hasta la celebración del juicio oral, —testigo anónimo/testigo oculto (las letras «a», «b» y «c» del artículo 2); b) Medidas de protección policial para garantizar la seguridad personal y patrimonial del testigo o perito y de concesión de ayudas económicas excepcionales (artículo 3, nº 2 de la Ley).

Dentro de la primera categoría o grupo, hallamos medidas de mera no constancia y secretismo procesal, manifestadas y concretadas, en primer lugar, en la eliminación en la fase sumarial de toda referencia o mención al nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualesquiera otros datos que pudieran servir para identificar (números del D.N.I., N.I.F, carnet de conducir o profesional, de teléfono, etc.) al testigo o perito protegido, con asignación —a fines meramente referenciales o sustitutivos de los datos identificativos de aquéllos— de un número, clave en dígitos, seudónimos o similares; todo lo cual implica (aun quede asegurado el conocimiento de aquellos datos a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal y a determinados agentes policiales) una derogación explícita del régimen ordinario prevenido en los artículos 436, 708, 785, regla 3ª, y 786, regla 2ª, de la Ley Procesal, así como un reforzamiento complementario del secreto sumarial previsto en el artículo 302 de la misma Ley.

Tal ocultación y anonimato deberán ir acompañados (letra «c») de la fijación de un domicilio ficticio, formal o convencional, en el que los sujetos protegidos puedan recibir las citaciones y notificaciones, cual será la propia sede del órgano judicial interviniente en cada momento.

Al respecto, cabe apostillar que tales medidas en tanto se produzca el desarrollo reglamentario han de venir confiadas al buen hacer y práctica judicial, evitando que los resultados perseguidos —ocultamiento de identidad y anonimato absoluto respecto de los acusados y sus defensas— se malogren mediante filtraciones indeseadas.

El nº 1 del citado art. 282 bis permite que el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, autorice al «agente encubierto» para que actúe bajo identidad supuesta.

Esta identidad «será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad».

Y añade que: «La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad».

Por su parte, el nº 2 prevé el mantenimiento de la identidad falsa del agente encubierto para el momento en que hayan de prestar testimonio ante los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos así lo acuerden mediante resolución motivada; siéndole a dichos funcionarios de la Policía Judicial, como ya se dijo, «también de aplicación lo previsto en la L.O. 19/94».

Y, como queda mediatizado el principio de la publicidad de las actuaciones y más en concreto la garantía de la fe pública procesal o judicial, (propia del proceso debido, justo o equitativo) no nos cabe ninguna duda de que al Secretario del órgano jurisdiccional¹⁵, en cuanto titular y depositario exclusivo de aquella fe pública —artículos 279,2 y 3, 281.1 y 473.1 y 3 de la L.O.P.J.— le corresponde la custodia de la documentación que refrenda la verdadera identidad de aquel testigo o perito, y de la asignación de la clave, número o seudónimo, así como la legitimación, capacidad y responsabilidad en la práctica de las citaciones y notificaciones reservadas; lográndose así la reducción al mínimo de las posibilidades de las incontroladas filtraciones, no tanto por desconfianza hacia los funcionarios de los restantes cuerpos al servicio de la Admón. de Justicia, sino por mera eliminación matemática de tales eventualidades.

La importancia de la fe pública judicial queda resaltada en la sentencia del T.S. de 11 de junio de 1997, en la que se declara ajustada al art. 2 de la Ley que comentamos, la situación por la cual dos agentes de la Policía autonómica vasca, antes de declarar como testigos en un Juzgado de Instrucción, solicitan el anonimato y la asignación de clave o números ficticios, lo que les fue concedido; y ante las dudas y protestas de la defensa de los acusados en el plenario acerca de la correspondencia de identidad de tales agentes, el Tribunal afirma que ningún reproche cabe hacer por cuanto el Secretario Judicial la comprobó y constató fehacientemente y la hizo constar en el correspondiente acta, a disposición de las partes.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con la anterior, se halla la medida de ocultamiento o dificultamiento del reconocimiento visual (facial

¹⁵ Secretario Judicial que para algunos sectores de la doctrina y profesionales, se integra en el órgano jurisdiccional con potestades autónomas, formando parte del mismo y siendo «algo» más que un mero auxiliar del titular del órgano. Por todos: MARTÍN OSTOS, José: Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial. En Rev. Justicia, 1990-I, Librería Bosch, págs. 41 y ss.; SEOANE CACHARRÓN, Jesús: La ordenación en el proceso civil e incidencias de la L.O.P.J. Edit. Colex, Madrid, 1985, págs. 23 y ss.

y corporal) del sujeto protegido (letra «b»)) mediante el empleo de las técnicas de desfiguración u otros medios apropiados, a materializar en las comparecencias y demás actuaciones sumariales a las que aquél fuera convocado.

Aquí, la gama de variantes del ocultamiento —algunas ya conocidas en la práctica diaria— es amplia y a título de ejemplo cabría enumerar la instalación de medios obstaculizadores —cristales oscuros, mamparas, cortinas, biombos—..., siempre menos degradantes para el sujeto protegido que las más corporales del disfraz, desfiguración del rostro, colocación de pañuelos, antifaces, capuchas, cascos, pelucas u otros postizos...; medida ésta que es en el acto del juicio oral donde alcanza mayor virulencia (y de ella contamos con algunos ejemplos en la jurisprudencia) por su incidencia procesal y además por la escasez (y en esto sí que la aportación de recursos materiales por quien corresponde se hace imprescindible) en nuestras Salas de Audiencia no ya de medios audiovisuales o tecnológicos, sino de los mínimos o más rudimentarios para la efectividad de la medida; la que se viene supliendo hasta el momento con muchas dosis de voluntarismo e imaginación, que en ocasiones pueden conducir a la «chapuza», cuando no al esperpento.

A fin de cuentas todas estas medidas no hacen sino retrotraernos a tiempos pasados, al constituir expresiones puras y duras, con todas las matizaciones que se quieran, del sistema inquisitivo, caracterizado, como es sabido, por la intervención «ex officio» del Juez y por el secreto del procedimiento en relación no sólo con los ciudadanos, sino con el propio imputado, etc.¹⁶.

En este sentido, vamos a reseñar pretéritas prácticas inquisitoriales, transmitidas durante siglos, y en las que se recordaban cosas como que:

«...los nombres de los testigos no se deben publicar, ni comunicarse al acusado, siempre que resulte algún riesgo a los acusadores, y casi siempre hay este riesgo, porque si no es temible el acusado por sus riquezas, su nobleza o su parentela, lo es por su propia perversidad o la de sus cómplices, gente las más veces arrojada, que nada tiene que perder, y se venga cuando puede de los testigos, como me lo ha acreditado varias veces la experiencia...», (Direct. part. 3, quaest. 76) y que:

¹⁶ Vid. ALMAGRO NOSETE, J. y OTROS: Derecho Procesal. Tomo II. El Proceso Penal. 4ª edic. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, pág. 36; ARAGONESES ALONSO, Pedro: Curso de Derecho Procesal Penal. Edersa, Madrid, 1986, págs. 33-37; HERRERO HERRERO, César: La Justicia Penal española en la crisis del Poder absoluto. Centro de Publicac. del Mº de Justicia. Madrid, 1989, págs. 252 y ss.; LORCA NAVARRETE, Antonio: Derecho Procesal Penal. Edit. Tecnos. Madrid, 1989, págs. 26-29.

«a veces hay menos que temer cuando el reo o sus amigos son sujetos nobles o ricos o, por ejemplo, un comerciante acreditado no se aventura de ligero a vengarse. Cuando efectivamente no corren peligro ninguno los acusadores, se pueden comunicar al reo los nombres de los testigos que contra él han declarado» (Direct. art. 3).

Y... «cuando se da traslado de la acusación al reo es cuando más particularmente es de recelar que adivine quiénes son los testigos que contra él han declarado: los medios de precaverlo son los siguientes: 1º intervertir el orden en que están sus nombres en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro; 2º comunicar la acusación sin los nombres de los testigos, y aparte los nombres de éstos, interpolando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado (ambos medios son empero peligrosos para los delatores, y por este motivo se han de usar muy rara vez); 3º podrá comunicarse la acusación al reo, suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene aquél que sacar por conjeturas quiénes son los que contra él han formado ésta o aquella acusación, y recusarlos o debilitar su testimonio; éste es el método que ordinariamente se practica». (Direct. part. 3). Y que: «...son indispensables estas precauciones y otras semejantes, porque siendo el punto que más importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todos los medios imaginables para que no se arredren los ...delatores, de lo cual resultarían gravísimos perjuicios a la República cristiana. En esta parte la práctica de la Inquisición de España puede servir de dechado; en ella se comunica la acusación suprimiendo todas las circunstancias de tiempo, lugar y personas, y cuanto puede dar lugar al reo para adivinar quiénes son sus delatores». (Adnotat. Lib. 3. schol. 36); y, finalmente, que: «no sólo no ha de hacerse saber en ningún caso a los reos el nombre de los testigos, mas tampoco se les ha de permitir que sepan o rastreen lo que hubieren declarado, y... cuando se les comuniquen los cargos que de los autores resultaren, se trastocarán y disimularán las circunstancias, por dónde puedan sospechar quiénes fueron los dichos testigos (Instrucc. de 1.484, art. 16)¹⁷.

¹⁷ Si nos hemos permitido insertar tan prolijo texto es debido a su rotundo contenido y a las fuentes históricas de las que procede, que no son otras que el conocido «Manual o Directorio de Inquisidores», redactado en el siglo XIV por Nicolau EYMERIC, Inquisidor General de Aragón, y que era de obligada consulta para el que se preciara de buen Inquisidor. Seguimos la edición del Abate Marchena (1768-1821), publicada en versión resumida por la Edit. Fontamanara, S.A. Barcelona, 1982. Con la tarea legislativa de las Cortes de Cádiz y la abolición de la Inquisición se intentaron desterrar las prácticas inquisitoriales y alcanzar la vigencia de la garantía de la publicidad de los

Como complemento de las medidas preservatorias de la identidad del testigo protegido y de su personalidad física se anudan otras tendentes a restringir y limitar la publicidad e información acerca de las mismas para la prensa escrita y demás medios de comunicación, con la evitación y prohibición para aquéllos de la captación –intra y extra procesal– de imágenes –grabadas o fotografiadas– de los sujetos protegidos; y/o de vulnerarse tal prohibición, con facultad de requisa e incautación del material resultante; o sea, la eliminación «ex ante» y «ex post» de la comunicación exterior y a terceros de su imagen física para hacer efectivas y eficaces todas las prevenciones anteriores.

De nada serviría mantener el anonimato y ocultación de la identidad del perito o testigo protegido de puertas adentro de nuestros Juzgados y Tribunales si luego fuera de sus paredes existe indiscriminada libertad de captación de imágenes o tomas fotográficas o audiovisuales, haciendo así ilusorios los desvelos del legislador, al quedar revelada y difundida la identidad protegida¹⁸.

No se oculta que esta medida, de exigir en ocasiones despliegue de medios policiales, se presenta como singularmente conflictiva, dado que con su efectividad se trata de tutelar el derecho a la intimidad personal, fa-

procesos. A tal fin, los redactores de la Constitución de 1812 se cuidaron muy mucho de consignar en su texto principios y reglas procesales de hondo calado; ejemplos; su art. 300 expresaba que: «Dentro de las 24 horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el NOMBRE de su acusador, si lo hubiere»; y el art. 301: «Al tomar confesión al tratado como reo se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los NOMBRES DE ÉSTOS y, si por ellos no los conociere, SE LE DARÁN CUANTAS NOTICIAS PARA VENIR EN CONOCIMIENTO DE QUIÉNES SON». El problema, pues, que abordó el legislador de 1994 presenta raigambre histórica en España.

¹⁸ El art. 3.1 de la Ley dispone en este sentido, que: «los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados». Sobre el espinoso problema del acceso de los medios de comunicación a las vistas orales y el desarrollo de su trabajo en las mismas y en relación a sus límites, desde una perspectiva constitucional, penal, orgánica y de policía de vistas, Cfr. el mesurado trabajo de BUENO ARUS, Francisco: Libertad de expresión y Admón. de Justicia. En «Estudios sobre el C.P. de 1995 (Parte Especial)». Estudios de Derecho Judicial, vol. 2. C.G.P.J. Madrid, 1996, págs. 223 a 236. Como recuerda FERRER GARCÍA, (op. cit., pág. 232) la norma no sería aplicable si la difusión de la imagen del protegido lo es a su instancia o con su consentimiento; no siendo así, prevalece el derecho al anonimato al derecho de información consagrado en el art. 20 de la C.E.

Siendo España uno de los países más permisivos en el acceso de cámaras televisivas a los actos judiciales no estaría de sobra una regulación legal detallada y clara acerca de dicho problema.

miliar y a la propia imagen del sujeto protegido; bienes personales constitucionalmente nominados en el artículo 18.1 de la Constitución que, de seguro, chocan y entran en directa confrontación con otros derechos y libertades públicas, también de rango constitucional, cual ocurre con el derecho a comunicar libremente información sin ningún tipo de censura previa (artículo 20, núm. 1, apartado «d», y núm. 2 de la Constitución).

Tales conflictos habrán de resolverse no perdiendo de vista la copiosa doctrina que sobre dicho punto tienen sentada tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo; aunque aquí, como se trata también de hacer factible un valor superior de todo el Ordenamiento Jurídico cual es el de la Justicia, tal doctrina, a la hora de la prevalencia de derechos en conflicto, ha de venir atemperada y acomodada a las excepcionales circunstancias que motivan las restricciones del derecho de información.

En el terreno de las realidades las últimas experiencias vienen enseñando ejemplos grotescos en los que los sujetos supuestamente protegidos son los que sin empacho alguno se exhiben voluntariamente en cadenas televisivas, concediendo entrevistas y sin ningún interés en mantener reservado su anonimato.

Las medidas que hemos clasificado en el segundo grupo, a diferencia de las primeras, apenas si conllevan merma alguna en las garantías y derechos procesales del acusado, en cuanto que son respetuosas con su estatuto legal, pero, por el contrario, precisan de la asignación oficial de elevados medios humanos y materiales para la salvaguarda de la seguridad personal e incluso subsistencia del perito o testigo protegido.

Para su adopción se requiere la previa solicitud del Ministerio Fiscal, sin que de principio se fije plazo temporal determinado en su duración, al poder extender sus efectos incluso para después de la conclusión del proceso (cuando ya el testigo y perito ha prestado y cumplido con el deber de colaboración que le venía impuesto), hasta el punto de poder aventurar para gravísimos casos un carácter indefinido (así ocurre en los de cambio de identidad, medida no confundible con la de simple alteración u ocultación de la verdadera con carácter limitado) y con el añadido del facilitamiento de medios económicos suficientes para el cambio de residencia o centro de trabajo...

Tales manifestaciones se recogen en el artículo 3, nº 2, de modo puntual y son más propias de desarrollo reglamentario que de previsión legal y se concretan, en primer término, en los traslados o conducciones desde su domicilio o lugar de residencia hasta las dependencias judiciales u otros lugares en vehículo oficial y no por simple comodidad del testigo o perito

protegido, sino de seguridad; en el uso exclusivo en tales dependencias de habitaciones reservadas para su estancia y custodia policial (lo que origina problemas de infraestructura en las sedes de nuestros Juzgados y Tribunales ya de por sí raquílicas e insuficientes).

Al hilo de lo que se expone parece oportuno llamar la atención acerca de la oportunidad fallida por el legislador —si es que tiene real voluntad de hacerlo— de acometer de una vez por todas y seriamente la creación de una verdadera Policía Judicial al servicio de la Justicia, desarrollando el mandato del artículo 126 de la Constitución, con dependencia funcional y orgánica de los titulares del Poder Judicial; a la cual, además de las funciones clásicas de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, se le atribuirán —mediante la formación de las correspondientes unidades especializadas— las complementarias y no menos importantes de la protección a testigos y peritos.

Quiere decirse que no es suficiente con la creación de un reducido y muy concreto grupo policial de protección de testigos, cuya fijación a la postre dependería de las autoridades del Ministerio de turno, sino que ha de avanzarse en la asignación directa de tales grupos bajo el control y mando de los titulares de los órganos jurisdiccionales que se vean precisados de sus servicios para misiones a veces muy delicadas y en las que la confianza y la relación inmediata es básica y fundamental.

Si la medida de protección que se dice presenta exquisita naturaleza judicial, no es descabellado afirmar que sólo el órgano judicial que la acuerda ha de tener en sus manos los mecanismos para su ejecución de manera directa y sin —dado el contexto en que se desarrollan— que sean deseables interferencias o discordancias de criterio con la Administración u otros poderes del Estado.

Y por lo que atañe a la aludida concesión de medios económicos para el cambio de residencia o lugar de trabajo ¹⁹ la fórmula legal no puede ser más vaga e imprecisa, al depender de la voluntariedad y sensibilidad de los encargados de cuantificar esa concesión que sirve de contrapartida excepcional a los peligros asumidos por el testigo o perito; voluntad que

¹⁹ Singular y acertada era la previsión del art. 12 de la Proposición de Ley que ya hemos citado, dirigida a asegurar por parte del Estado indemnizaciones económicas en favor tanto de los «sujetos protegidos» como de sus más allegados parientes, caso de haber sufrido ya un ataque a su incolumidad personal o patrimonio, como consecuencia directa del testimonio prestado o informe rendido; regla específica de contenido de responsabilidad civil derivada del delito (entendida en sentido muy lato) que fue desestimada en el texto definitivo, y que no podrá ser subsanada por el contenido de los arts. 116, 120, 2º y 121 del nuevo Código Penal, sin perjuicio de traer a colación la normativa legal en materia de protección y asistencia a las víctimas de determinada clase de delitos y cuya cita resultaría ociosa.

puede venir presidida por criterios de oportunidad política o presupuestaria y no de justicia, y que nos hacen ser escépticos si nos atenemos al espíritu seguido en la aplicación de los artículos 292 y siguientes de la L.O.P.J., o del artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto 236/1988), o de la más reciente Disposición Final 4ª de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, cuando muchas han sido las quejas de muchos ciudadanos-jurados por el cobro tardío y cicatero de las indemnizaciones correspondientes...

No estaría de sobra, de llevarse a cabo finalmente el desarrollo reglamentario anunciado, reflexionar sobre la conveniencia de arbitrar fórmulas de parcial autonomía financiera en este campo; esto es, que previa la habilitación y fijación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y en su caso con la intervención y control del Consejo General del Poder Judicial, o comisiones mixtas con las autoridades del Ministerio de Justicia, se estableciera un Fondo estatal de recursos económicos para la ejecución de la Ley que nos ocupa, fondos que tales comisiones o por mediación de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, estuvieran disponibles de modo inmediato para su asignación a los órganos compelidos a adoptar tales medidas onerosas; modificación legislativa que no supondría complicación técnica insalvable y que vendría autorizada con una interpretación generosa del núm. 1 del artículo 37 de la L.O.P.J.

Resta para agotar el examen del articulado de la Ley referirnos a: 1º) el desarrollo de las medidas tras la apertura del juicio oral —artículo 4, números tercero y cuarto—; y 2º) a la garantía de contradicción imprescindible para que alcancen eficacia probatoria las declaraciones o informes sumariales de los testigos y peritos protegidos (número quinto del referido artículo 4).

Respecto de lo primero, dispone la norma —apartado 3º— que previa solicitud motivada de parte en el escrito de calificación provisional sobre el «conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente», el órgano de enjuiciamiento al pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes acusadoras y acusadas (pruebas entre las que lógicamente se hallarán las testificales o periciales que dieron lugar a las medidas protectoras), inexcusablemente, levantará el «anonimato» del testigo o perito de que se trate (o sea, ya será facilitado desde este momento su nombre y apellidos), aunque no necesariamente cesará su ocultamiento, que es cosa distinta.

El levantamiento del anonimato (que permitirá, además, el eventual incidente de recusación y tacha de testigos y peritos, nº 4) se presenta como exigencia ineludible del proceso debido que no podía ser desconocida por el legislador, dado el carácter «inquisitivo» del anonimato, tal y como ha venido modulado por la jurisprudencia del T.E.D.H. en interpretación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (como detalladamente expondremos más adelante); configurándose solo aparentemente como un derecho renunciable (pues, podría pensarse en la hipótesis de que ninguna de las partes, ni acusadoras ni acusadas, soliciten en su escrito de calificación provisional conocer la identidad de tales testigos) y de carácter temporal, lo que es criticable dado que no se comprende que precluya con la presentación de tales escritos, cuando, por ejemplo, en el Procedimiento Abreviado le cabe a las partes, al amparo del núm. 1 del artículo 792 y del núm. 2 del art. 793 de la Ley ritual, al inicio de la vista oral proponer nuevas pruebas para su práctica en la misma...

Y en relación a lo segundo²⁰, aun cuando el establecimiento y reforzamiento de la garantía o principios procesales de la publicidad, intermediación y contradicción es siempre plausible, no parece que en una Ley como la examinada sea acertado reglar el valor y eficacia de tales medios probatorios, máxime cuando tal regla de valoración nada nuevo establece respecto a la que ya es consolidada doctrina en torno a cualquier probanza (y, por tanto, las derivadas de declaraciones o informes de testigos y peritos no protegidos); limitándose la regla a expresar conocidos criterios jurisprudenciales tanto en sede de legalidad constitucional como ordinaria, y que se condensan en la afirmación de que la prueba testifical y pericial ha de desarrollarse y practicarse en el juicio oral y a presencia del acusado y su defensa para que pueda otorgársele algún valor de cargo y con respeto de aquellos principios y del derecho de defensa; por lo que, a «sensu contrario», carecen de eficacia enervadora de la presunción de inocencia aquellas probanzas no ratificadas y sometidas a contradicción en el plenario, a salvo de los excepcionales supuestos de imposible repro-

²⁰ Como si el legislador no se «fiara» de lo que es doctrina jurisprudencial constitucional y de legalidad ordinaria, como veremos enseguida, consagrada e irrefutable, recogió en el núm. 5 del art. 4 de la Ley, que: «Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730..., habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes».

ducción o de prueba preconstituida (artículos 419, 448, 657, 687, 730, 790, 5º de la Ley Procesal Penal, o 46 de la Ley del Jurado); pronunciamientos que serán analizados in extenso posteriormente²¹.

En los últimos años y debido a la repercusión que determinados episodios delictivos violentos contra menores han tenido en la opinión pública, se han alzado múltiples voces solicitando que los testimonios del menor-víctima en un proceso penal, siempre prestados con todas las garantías constitucionales de defensa, contradicción e intermediación, deben instrumentarse —ex art. 730— como prueba preconstituida, a fin de obviar su presencia en el acto del juicio oral.

Se argumenta que tal propuesta constituye un medio eficaz de alcanzar no sólo una mayor protección de su intimidad, sino también, para impedir que sufra amenazas y coacciones y conseguir una mayor veracidad respecto de los hechos realmente acaecidos...; y en censura radical a la S.T.S. de 16 de mayo de 1998, para salvar el anonimato del menor a toda costa, se ha propugnado que es preferible antes que obligar al menor a que acuda a testificar al acto del juicio frente al agresor (aun su testimonio constituyera la única prueba de cargo) que este último sea absuelto; evitando a todo trance que se vea lesionado en sus derechos a la intimidad e indemnidad psíquica y moral.

En realidad, no es necesario llegar a tales extremos puesto que al día de hoy existe cobertura material y legal para evitar el encuentro entre agresor y menor víctima, a través de los circuitos cerrados de TV y sistemas de vídeo conferencia ya recogidos en el nuevo tenor de los artículos 448 y 707 de la ley de Ritos; satisfaciendo las Recomendaciones de las IV Jornadas de Protección de Menores para Jueces, Fiscales y Entidades Públicas (Madrid, 1998) y del Defensor del Pueblo (30-XI-98), para evitar la victimización secundaria del menor^{21bis}.

²¹ Se ha criticado por GIMÉNEZ GARCÍA (op. cit. C.G.P.J., págs. 202-203) el apartado 5º del art. 4, por entender que la expresión «imposible reproducción» recogida en el mismo abriría el portillo a nuevas posibilidades fácticas no acotadas en la tradicional doctrina del T.S. y no constitutivas de «verdadera» imposibilidad ex art. 730, sino de pura «conveniencia». Aún admitiendo lo sugestivo del argumento que desarrolla, a nuestro modesto modo de ver las cosas, tal peligro o discordanza carece de entidad, ya que, una exégesis sistemática e «in toto» del precepto, permite inferir sin grandes dificultades que la frase: «de imposible reproducción» viene ineludiblemente anudada al contenido del meritado art. 730, de cuya mención dicha frase no puede desvincularse, pues, en definitiva, la norma la vincula «a efectos del citado art. 730»; con lo cual una interpretación literal no abona extensiones o abusos de tipo alguno.

^{21 bis} La L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección de las víctimas de malos tratos, introduce un último párrafo en los artículos 448 y 707 con el siguiente tenor respectivo: «Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la natu-

e) Otras cuestiones.

Líneas más atrás quedó destacado que la protección legal de testigos y peritos presenta una vertiente material o sustantiva que ha de servir de complemento y refuerzo de las medidas de naturaleza procesal diseñadas en la Ley 19/1994, y aun cuando no pretendemos agotar aquí tal plano sustantivo, sí que conviene recordar telegráficamente que el legislador, también desde la herramienta punitiva o represiva ha querido confirmar como objeto de protección o bien jurídico, a la libertad, seguridad, etc., de quiénes como testigos y peritos están llamados a cumplir con un deber de colaboración con la Admón. de Justicia; y lo hace incriminando todas las conductas atentatorias contra aquellas personas que vengán encaminadas a frustrar el cumplimiento de dicho deber o de forma inducida lograr el falseamiento de sus testimonios o informes ante los Tribunales y, en último término, de pura represalia contra la actuación procesal limpia y no viciada de tales intervinientes.

Ni qué decir tiene que en la respuesta penal confluyen bienes o intereses dignos de protección muy diversos tales como la libertad, la vida, la integridad personal, los bienes patrimoniales, etc., de los potenciales sujetos pasivos del proceso penal; pero, también, otros valores públicos cual el del correcto funcionamiento de la Justicia, y su actuación libre de trabas, condicionamientos y distorsiones indeseables, sobremanera en el ámbito probatorio.

Bajo esta premisa, es sabido que siendo mayoritariamente proclamado por la doctrina penal que los tipos delictivos comunes (coacciones, amenazas, etc.) resultaban poco eficaces para otorgar la necesaria tutela a los bienes jurídicos en juego, el legislador mediante la reforma de 25 de

raleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba»; «cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

Cuando el menor es autor del delito y, por tanto, sujeto activo y protagonista principal del proceso, se salvaguarda su identidad de forma rabiosa por el legislador (así art. 15,1, de la L.O. —aún vigente— 4/1992, de 5 de junio; y 35,2 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que entrará en vigor en enero de 2001).

Cfr. CORCO Y BIDASOLO, M.: «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento». En C.D.J. 1998-XII, C.G.P.J., Madrid, 1999, págs. 321 y ss.; FLORES PÉREZ, A.: «Ponencia sobre delitos contra la libertad sexual». Inédita. Madrid, mayo de 1999; SENA ARGUELLES, J.: «La tutela penal de la indemnidad sexual del menor». Ponencia en Reunión de Fiscales-Jefe. Madrid, 1999; TAPIA PARREÑO, José J.: «Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal». En C.D.J. 1998-XII, cit. págs. 129 y ss.

junio de 1983 —en el Código Penal por entonces vigente, el Texto Refundido de 1973— introdujo en su texto el art. 325 bis²², el que, ya sea por su construcción técnico-jurídica (lo que dio lugar a algunas críticas doctrinales), como por una aplicación judicial del mismo dificultosa y poco sensible, es lo cierto que no parece que haya ofrecido unos resultados satisfactorios a los fines preventivos perseguidos, y ha sido retocado en el precepto homónimo del texto punitivo vigente²³.

En todo caso insistiendo en esta línea y como solución de cierre del Ordenamiento Jurídico (conexión indispensable con los preceptos de la Ley 19/1994 comentados) el Código Penal de 23 de noviembre de 1995, dentro del capítulo VII («De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional»), del título XX, del Libro II, inserta el artículo 464, en el que se desarrolla el régimen punitivo, castigando (no, por cierto, con penalidad superior a la norma precedente) dos conductas perfectamente diferenciadas; una consistente en el intento, con violencia o intimidación, de *«influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, para que modifique su actuación procesal»*, y la otra de realizar *«cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial...»*²⁴.

²² Decía el precepto: «El que con violencia o intimidación intentare que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente, será castigado...». «Igual pena se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de las personas expresadas en el párrafo anterior, como represalia de su actuación en un procedimiento...».

²³ Por todos: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: Coacciones y represalias contra denunciantes, partes procesales, intérpretes y testigos. En obra colectiva «Delitos contra la Admón. de Justicia (art. 325 a 338 bis del Código Penal)». I.E.P. Marqués de Beccaría. Edit. Comares. Granada, 1995, págs. 106 y ss. En el ámbito jurisprudencial son esclarecedoras las sentencias del T.S. de 29 de mayo de 1986, de 15 de marzo de 1990, 12 de noviembre de 1991, 21 de febrero de 1992, 26 de enero de 1996, etc.

²⁴ Vid., entre otros, CUERDA ARNAU, M^a Luisa: Comentario al art. 464. En «Comentarios al Código Penal de 1995», coordinados por Tomás S. Vives Antón. Vol. II. Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, págs. 1931-1941; GARCÍA ARÁN, Mercedes: Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el C.P. de 1995. En C.D.J. 1997-IV, C.G.P.J., Madrid, 1997, págs. 287 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. 11^a edic. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, págs. 805-807; ORTOS BERENGUER, Enrique y OTROS: Derecho Penal. Parte Especial. 2^a edic. Tirant Lo Blanch. Valencia 1996, pág. 737; y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Comentario al artículo 464. En «Comentarios al nuevo Código Penal». Edit. Aranzadi, S.A., Pamplona 1996, págs. 1983-1985.

III.—VALORACIÓN E INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

Una adecuada inteligencia de los preceptos de la Ley 19/94 conduce irremediabilmente a tener presente la doctrina emanada del T.E.D.H. (asumida posteriormente por el T.C. y T.S. españoles, en lo necesario), porque está ínsita en los mismos y el legislador, aun no lo diga explícitamente en la Exposición de Motivos, no deja de reflejarla convenientemente.

Y esa doctrina ha de tomar como punto de partida el núm. 1 del art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que refiere, entre otras cosas, que: *«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial..., pero el acceso a la Sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria para el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia»*, así como el apartado «d» de su número 3, donde se añade que todo acusado tiene el derecho: *«a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra...»*.

Es conocido que la norma establece y regula una serie de contenidos del principio del «fair trial» (de una u otra forma acogido en una serie de reglas incluidas en el art. 24 de nuestra Constitución) sobre el derecho a un juicio equitativo, imparcial, público y con todas las garantías y en torno al cual no vamos ahora a detenernos²⁵.

²⁵ Vid. DE SALVIA, Michele: El derecho a un proceso equitativo o cómo salvaguardar la preeminencia del Derecho. En vol. «Jurisprudencia del T.E.D.H.» Edic. C.G.P.J. y Gobierno Vasco, Vitoria, 1993, págs. 135 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E./LINDE, E./ORTEGA, L.I./SÁNCHEZ MORÓN, M.: El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Edit. Civitas, S.A., 2ª edic., Madrid, 1983, págs. 91 y ss.; GIMENO SENDRA, V.: «La naturaleza de la defensa penal a la luz de la C.E. y C.E.D.H. En vol. «Crisis de la Justicia y Reformas procesales». I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Mº de Justicia, Madrid, 1988, págs. 249 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, Juan José: La prueba de testigos en la jurisprudencia del T.E.D.H. En C.D.J., 1992-I, Madrid, 1992, págs. 385 y ss.; ORTELLS RAMOS, M.: Jurisprudencia del T.E.D.H. sobre el art. 6 del C.E.D.H. En C.D.J., 1993-X, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 177 a 193.

Por lo que aquí interesa, el T.E.D.H. al interpretar aquella norma, siempre bajo el peculiar prisma que de su naturaleza se deriva, ha tenido ocasión en los últimos años de verificar una serie de consideraciones que inciden de modo directo e inmediato en el desarrollo y aplicación de la Ley de diciembre de 1994, porque, partiendo del reconocimiento del derecho de todo acusado a estar presente en las sesiones correspondientes mientras los testigos de cargo son interrogados, viene en ello puntualizada una de las garantías que en el juicio penal evita el desequilibrio entre las partes (principios de igualdad de armas y contradicción), lo que se descubre en un grupo de sentencias, por otra parte, ya profusamente comentadas doctrinalmente.

En breve síntesis, debe recordarse que, dejando a un lado otras resoluciones anteriores menos significativas, ya la sentencia de 6-12-1988 (Caso Barberá, Messegú y Jabardo) hizo hincapié en el postulado de que los elementos o medios de prueba deben obtenerse, presentarse, y producirse ante el acusado, en audiencia pública, y en el curso de un debate contradictorio, permitiéndose que su defensa técnica, o él mismo,²⁶ tengan la posibilidad, durante el proceso, de interrogar al testigo o perito; reprochándole —en este caso al Estado Español— que en el supuesto controvertido los acusados —después condenados— se vieran privados de tal posibilidad de interrogar al principal testigo de cargo (cuyo testimonio se tuvo en cuenta para la condena) tanto en fase sumarial como durante el juicio oral, lo que no podía subsanarse con la reiteración de la fórmula ritual de dar por reproducidas las declaraciones sumariales del testigo incomparecido, sin llevar a cabo su lectura²⁷.

²⁶ Entiende GIMÉNEZ GARCÍA (Op. cit. C.G.P.J., pág. 197) que se ha llevado a cabo, en ocasiones, una exégesis desviada y amplia en España de este derecho, puesto que, la facultad de interrogar o hacer interrogar a los testigos en nuestro sistema procesal le corresponde a la defensa técnica y no propiamente al inculpado; el cual, carece de autonomía para interrogar o discrepar de las declaraciones de los testigos o informes de los peritos; y, consiguientemente, no ve claro que la ausencia temporal o parcial del testigo en el debate oral limite «stricto sensu» las posibilidades de intervención del acusado por sí mismo; lo que permitiría que, con fundamento en el art. 232, 2º de la L.O.P.J., en los casos en esta norma previstos, la hipotética ausencia de la Sala del encausado durante el interrogatorio del testigo o perito, permaneciendo el letrado defensor en ella, no provocaría lesión alguna del art. 6,3 d) del Convenio, ni resultarían razonables mayores exigencias.

²⁷ Abundará en ello en la sentencia de 19-12-1991 (Caso Ingro): aunque lo fundamental es conceder al imputado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar los testimonios presentados en su contra, pudiendo en el ejercicio de su derecho de defensa interrogar al testigo en algún momento del proceso, cabe admitir la eficacia probatoria del testimonio leído en la vista oral de un testigo ilocalizado, siempre que se hubiera podido —en fase sumarial— discutir y contradecir sus declaraciones por parte del susodicho inculpado.

En conexión con tal pronunciamiento, puso sobre el tapete afirmaciones referidas a la ilicitud de las condenas basadas en «testimonios anónimos», anonimato que frustra el que puedan ser interrogados con garantías por el inculcado o su abogado, y a la validez del testimonio de quienes su identidad es conocida por el Tribunal, y es prestado contradictoriamente ante las partes, aunque testifiquen de modo «oculto», o sea, sin ser vistos o a presencia del inculcado y/o su letrado.

Sea de forma escueta, la reseñada sentencia reconoce la problemática que suscita la protección de testigos y anticipa la distinción conceptual (clave en el tema que nos ocupa) entre «testigo oculto» (restricción tolerable al principio de publicidad) y «testigo anónimo» (figura contraria a las exigencias del Convenio al hacer inviable, entre otros, los principios de contradicción y defensa).

En la misma línea, pero de modo más acabado, abordan la cuestión las sentencias de 20-XI-1989, 27-IX-1990, 19-XII-1990 y 15-VI-1992 (casos Kostovski, «Windisch», «Delta» y «Lüdi», respectivamente), resaltando, en primer término, de nuevo, la trascendencia que presenta la protección a los testigos que puedan ser susceptibles de amenazas o represalias para lograr el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de grupos de grave criminalidad, justificando y admitiendo que los Estados democráticos arbitren las medidas necesarias y apropiadas para garantizar y articular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la delincuencia organizada; siendo legítimo, incluso, el recurso a las figuras de los «infiltrados» o «informadores encubiertos».

Como barreras infranqueables que el art. 6 impone, resultarían las siguientes: a) siendo, a priori, admisible el secreto de la identidad de los testigos y peritos a proteger frente a terceros en la fase policial y judicial instructora, las informaciones y datos incriminatorios que pudieran aportar los «infiltrados», nunca cabría utilizarlos en la forma de «declaraciones anónimas», ni podrían servir de prueba única fundamentadora de una condena; b) en última instancia, principios o derechos como el de igualdad de armas, contradicción y defensa, exigen que en la fase de juicio oral la parte acusada siempre haya de conocer qué personas o quiénes son los que se manifiestan como eventuales testigos o peritos de cargo; c) ya conocida la identidad de tales testigos o peritos en el plenario (tanto por el Tribunal como por las partes) —no pudiendo por ello calificarse su testimonio de anónimo—, no hay inconveniente en que permanezcan ocultos en la sesión, siempre que se posibilite la contradicción, por resultar entonces cumplidas las exigencias mínimas de la norma.

Quiere decirse que el T.E.D.H. admite claras restricciones al principio de publicidad procesal, sobremanera hasta la apertura del juicio oral, mas, una vez en éste, el derecho al levantamiento del secreto respecto a la identidad del perito o testigo protegido es absoluto, pero bien entendido que la identidad habremos —stricto sensu— de referirla a su nombre y apellidos; pudiendo, por contra, permanecer desconocidos para el acusado, su domicilio, etc., y, en especial, la obtención de su imagen física en la vista oral.

En resumen, del testigo «anónimo» —aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal, para la defensa, o para ambos— por mucha protección que precise, no pueden sus declaraciones aprovechar como prueba de cargo, ni fundamentar una sentencia condenatoria, al contrariar las exigencias del Convenio, por vulneración y restricción del derecho de defensa y principios de igualdad y contradicción. (Si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las precisiones necesarias que le permitan establecer si éste es parcial, hostil o indigno, y difícilmente podrá demostrar que las declaraciones inculpatorias que verifique pudieran ser mentira o el resultado de errores, al faltarle la información que le pueda proporcionar la identidad, no estando en condiciones de controlar la debilidad del testimonio o la credibilidad del testigo)²⁶.

Resulta inconcluso que el T.E.D.H. en ese conjunto de sentencias no subestima la importancia de la colaboración ciudadana y de la actuación policial encubierta en la lucha contra el crimen organizado y que, por ello mismo, concurre un interés legítimo en favorecer (incluidos los funcionarios policiales) el anonimato, motivo por el cual el art. 6, 1º y 3º d) del Convenio no impide apoyarse en la fase de instrucción de la labor de los informadores o confidentes anónimos.

Pero el respeto al derecho de defensa y al principio de contradicción exige que el acusado tenga la ocasión adecuada y suficiente para discutir y contestar los testimonios producidos en su contra y para interrogar a sus autores en el momento de declarar o posteriormente, para no sufrir una desventaja insuperable.

²⁶ Para GIMÉNEZ GARCÍA (Op. cit. pág. 200) la valoración ponderada de las garantías procesales del imputado, junto con el reconocimiento de los legítimos derechos de los testigos, peritos y víctimas, debe, en nuestro Derecho, enfocarse también bajo el imperio del art. 232 de la L.O.P.J., e inspirarse en los principios de excepcionalidad (fundamentación de la no presencia del imputado cuando declaran o informan los sujetos protegidos), de proporcionalidad (examen de la entidad y circunstancias del caso) y subsidiariedad (no existencia de fórmulas o alternativas menos gravosas).

En consecuencia, el Juez sentenciador no puede fundamentar la condena en testimonios de personas que no han comparecido en el plenario o, si lo han hecho, se desconoce su identidad, aun cuando hubieran antes declarado ante la Policía o el Juez Instructor; so pena de vulnerar las garantías a un proceso justo.

En una sentencia más cercana (26-3-1996, caso Doorson contra Holanda), lleva a cabo una serie de matizaciones: 1ª) Intereses como la vida, la libertad, la seguridad de los testigos y víctimas están, en principio, protegidos por otras normas del C.E.D.H., que implican que los Estados contratantes organicen su proceso penal de manera que los dichos intereses no sean puestos indebidamente en peligro; mas, a su vez, los principios del proceso equitativo demandan que en cada caso los intereses de la defensa han de ser puestos en la balanza con aquellos de los testigos o víctimas llamados a declarar...; 2ª) Lo normal y deseable es que estos últimos identifiquen de manera directa al sospechoso del delito, si hubiera la menor duda sobre su identidad, según el caso; y 3ª) si el Abogado defensor del imputado puede interrogar al testigo anónimo en el juicio oral, en atención a las circunstancias del caso (aquí temor a represalias de un traficante de drogas), el mantenimiento judicial del anonimato no es decisivo para la infracción del derecho de defensa y de la violación del Convenio, máxime cuando el testimonio anónimo no es determinante para la condena.

(El voto disidente de los Jueces Ryssdal y De Meyer expresa que, como los dos testigos anónimos del caso sólo fueron oídos por el Abogado y no por su defendido y su identidad sólo fue conocida por el Juez Instructor, hubo efectiva violación del art. 6 del Convenio).

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante: T.C.) al evaluar el concepto de indefensión y de derecho al juicio público debido (art. 24.1 y 2 de la C.E.) ha venido proclamando hasta la saciedad²⁹ que: 1ª) como principio general, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos judiciales en el momento de dictar sentencia, las que, propuestas y admitidas, sean practicadas en el juicio oral, es decir, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes; siendo así que las diligencias sumariales, por su finalidad específica de preparar el juicio oral, no constituyen en sí mismas, pruebas de cargo; 2ª) tal principio no rige para los ac-

²⁹ Compendio o resumen de esta doctrina puede hallarse en la reciente sentencia 40/1997, de 27 de febrero, con cita en ésta a otras muchas anteriores.

tos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida —de imposible o de muy difícil reproducción— siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los requisitos: material (que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral), objetivo (necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito), subjetivo (que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba formal, que lo es el Juez de Instrucción) y formal (exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la «cross examination», de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio mediante la «lectura de documentos»).

Por tanto, en palabras del T.C., agotados los medios que la ley procesal ofrece para hacer comparecer al testigo al acto del juicio oral, podrá admitirse la lectura de sus declaraciones sumariales si fueron prestadas en la instrucción con las garantías de contradicción, para que puedan ser consideradas como prueba preconstituida reproducible en el acto del juicio oral mediante su lectura³⁰; y 3º) que el derecho a un proceso público en materia penal —arts. 24.2 y 120.1 de la C.E.³¹ reflejado en diversos Textos Internacionales (arts. 11 y 29.2 de la D.U.D.H. de 10-12-1948; 14 del P.I.D.C.Y.P. de 19-12-1966 y 6.1 del C.E.D.H.), en cuanto garantía de los justiciables contra una Justicia secreta que escape a la fiscalización del público, viene referida fundamentalmente al acto oral, pero no es un derecho absoluto, sino limitado por razones de moral, orden público, seguridad nacional, interés de la vida privada de las partes, etc., quedando debilitado o mediatizado más intensamente en las actuaciones judiciales de instrucción³².

Con arreglo a los parámetros que se han resumido, el T.C. analiza, por primera vez de forma detallada y a la luz de la jurisprudencia del T.E.D.H.

³⁰ Cfr. ALMAGRO NOSETE, J.: Teoría General de la prueba en el proceso penal. En C.D.J. 1992-I, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 20 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, Francisco: La prueba preconstituida. En Vol. «La prueba en el proceso penal». Mº de Justicia, Madrid, 1993, págs. 77 a 80; PUERTA LUIS, Luis Román: Eficacia probatoria de las diligencias sumariales. En C.D.J., 1992-V, C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 181 a 234; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: Las diligencias sumariales como fuentes de prueba en el acto del juicio oral. Número monográfico, 5. C.G.P.J., 1995, págs. 341-351.

³¹ DEL MORAL GARCÍA, Antonio/SANTOS VIJANDE, Jesús M.º: Op. cit., sobre la publicidad en el acto del juicio oral y sus eventuales restricciones, págs. 125 y ss./PEDRAZ PENALVA, Ernesto: Notas sobre publicidad y proceso. En Rev. «Poder Judicial», nº especial, XI, C.G.P.J., Madrid, 1989, págs. 116 y ss.

³² Vid. también. S.T.C. de 15-X-1981, 31-I-1985, 4-X-1988, 5-VII-1990, 11-II-1991, etc.

la constitucionalidad, alcance, y valor de la prueba testifical practicada en el plenario preservando (para protegerle) la fisonomía del testigo que se oculta del acusado y de su defensor, y en relación al principio de la presunción de inocencia y del derecho a un juicio público con todas las garantías, en la sentencia –Sala 1ª– 64/1994, de 28 de febrero³³.

De principio, reconoce el T.C. que la forma de practicar tal prueba testifical es anómala, irregular, no común u ordinaria, desde el punto de vista procesal, y no casa con el tenor de la regla general contenida en el art. 229 nº 2 de la L.O.P.J. (las declaraciones, testimonios, informes, etc., se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública), constituyendo una clara excepción a dicha regla; mas, a continuación, entra a valorar si tal «irregularidad» merma o no aquella presunción de inocencia y el derecho al juicio público con las garantías debidas de publicidad, contradicción, igualdad de armas, intermediación, etc.

Y en sus fundamentos la sentencia concluye que en el caso controvertido la publicidad del proceso no se ha visto resentida, pues la vista oral quedó documentada en el acta correspondiente, no hubo restricción informativa y ha sido de conocimiento público y controlada; ni tampoco el principio de contradicción, pues aun no «cara a cara» la defensa del encausado pudo interrogar y oír las respuestas del testigo «oculto»; conclusiones que apoya con las referidas sentencias del T.E.D.H., haciendo suyas sus consideraciones.

En este sentido, en consecuencia, ratifica que: a) el total anonimato de los testigos de cargo hace imposible la contradicción procesal y el derecho de defensa, y su mantenimiento es contrario a las exigencias del art. 6 del Convenio y, por ende, del 24.2 de la C.E., por lo que queda proscrito estimar su testimonio a los efectos de pronunciar un fallo condenatorio, sin que pueda quedar justificado su concurso ni siquiera por razones de protección de los testigos susceptibles de ser objeto de amenazas o represalias, por mucha comprensión que se pueda tener ante dicho fenómeno; y b) sin embargo, si el testimonio se presta por persona no anónima, sino simplemente «oculta» y con posibilidad de contradicción, aquel es válido y eficaz, al no desequilibrar la igualdad de armas, ni ignorar sustancialmente el ejercicio del derecho de defensa, etc., ni, por consiguiente,

³³ El supuesto de hecho no es otro que el de un testigo-víctima que declara en la vista oral no en la Sala de Vistas del Tribunal, sino desde una habitación contigua, sin ser visto físicamente, ni por el acusado, ni por su letrado defensor (en «clandestinidad»), pero sí es oído por aquéllos y sí que pudo ser interrogado, estando plenamente identificado. No estamos, por tanto, ante un caso de «testigo anónimo», desde el momento que el letrado defensor y su cliente sabían de quién se trataba y con arreglo a ello pudieron interrogarle, aunque no «cara a cara».

te, desconoce el art. 6.3 d) del Convenio o el art. 24.2 y concordantes del texto constitucional de 1978 (doctrina que reitera y reproduce en el Auto—Sala 2ª— de 17-10-1994).

Y, a su vez, el T.S., en sede de legalidad ordinaria, dada la convulsión que el art. 24 de la C.E. (y de la jurisprudencia de su intérprete, el T.C.) ha conllevado en el Derecho probatorio del proceso penal, ha conocido últimamente de múltiples casos de incidencia inmediata en la materia recogida en este trabajo.

Desde luego, por lo general, el alto Tribunal sigue la doctrina de que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el acto del juicio oral, donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración e inmediación judicial, (a título de ejemplo, sentencias de 18-6-1991, 17-11-1991, 11-4-1996, 28-10-1996), sin perjuicio de que no pueda negarse toda eficacia probatoria a las diligencias instructoras o sumariales, pudiéndoseles otorgar valor siempre que se hayan practicado con todas las formalidades que la C.E. y el ordenamiento procesal establecen y que sean efectivamente reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción³⁴ y, también sin perjuicio de los casos de prueba preconstituida y anticipada a que se refiere el art. 730 ya citado, que incluye en determinados supuestos la posibilidad y licitud de reemplazar la prueba testifical que no pudo practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales³⁵.

Dicho esto, el T. S. empieza a hacerse eco de modo especial a finales de los años 80 de la problemática que plantean tanto la ausencia o incomparecencia de testigos en las vistas orales por miedo a amenazas o represalias que pudieran provenir de los inculcados, como la salida de éstos de la sala de vistas cuando los primeros sí comparecen y declaran, respecto a su repercusión en sede probatoria, ofreciendo una doctrina muy casuística y no siempre uniforme y homogénea.

³⁴ Línea de la que se aparta en alguna ocasión, como en la sentencia de 29 de junio de 1991, en la que se concede eficacia a las declaraciones sumariales y reconocimiento en rueda de una víctima (no ratificadas en el plenario al no comparecer al mismo), bajo el argumento metajurídico de que habiendo sido tal testigo «víctima» en 7 ocasiones anteriores de robos de parte del mismo autor, es explicable que no acudiera al llamamiento judicial.

³⁵ Sobre la valoración de las declaraciones sumariales del testigo fallecido antes de las sesiones del juicio oral, por ejemplo, sentencias de 20-5-1991, 18-10-1993; del testigo en el extranjero, no siendo factible lograr su comparecencia: 12-6-1991, 23-6-1992, 22-9-1993, 6-6-1994, 31-10-1995, etc.; del testigo que se encuentra en ignorado paradero, resultando infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales para su localización: 14-6-1990, 23-11-1994, 28-2-1995, 9-6-1995, etc.

Así, en la sentencia de 20-2-1989, con base en los arts. 680 y 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declara nulo el testimonio prestado en el juicio oral por unos testigos menores de edad, al realizarse sin la presencia de los acusados, ni de público; y en las de 17-IX-1990 y 8-2-1991 y 8-5-1991, enfatiza el derecho del acusado a estar presente en el interrogatorio de los testigos, siendo indefendible —sin más— aceptar la celebración de parte del juicio oral en su ausencia³⁶; en otras, relativiza tal postura y a la vista de la realidad sociojudicial, trata de justificar la toma en consideración de las declaraciones sumariales del testigo amenazado de represalias, que no comparece al plenario, creando así una reserva (no prevista en la ley) poco cohonestable con las exigencias de contradicción y derecho de defensa.

En este contexto, en las de 27-11-1985, 7-4-1988, 17-4-1988 y 27-5-1988, apunta el peso específico de la actividad probatoria realizada ante el Instructor, cuando se aprecia «cada vez con más insistencia el temor de muchos testigos de cargo a comparecer en el juicio oral y declarar en contra de los acusados presentes en el acto», aparte del cansancio ciudadano y molestias que le supone su comparecencia; y en la de 24-3-1989 se insiste en la incorporación al plenario de tales declaraciones como prueba documental, aun no existiendo imposibilidad material de acudir, sino «puro miedo a represalias» al venir los testigos ya amenazados con anterioridad. Bajo el mismo argumento de concurrencia de circunstancias especialísimas, se inserta la más reciente sentencia de 4-10-1996, la que reconoce la licitud de la lectura del testimonio sumarial prestado por un testigo extranjero, enfermo, que no acude al plenario, pese a estar localizado, por miedo a que su comparecencia le acarrearía represalias³⁷.

³⁶ En la de 29-9-1995, declarando la testigo-víctima en la Sala de vistas sin estar presente en ella el acusado (al cual, trasladaron y retiraron a un despacho adyacente para que no se encontrara con aquélla) y con fines de proveer a la seguridad de la 1ª, el T.S., pese a reconocer que no fue una medida procesal muy ortodoxa, no aconsejable, sostuvo que no se limitó el derecho de defensa, pues el letrado defensor pudo interrogarla.

³⁷ Aunque parcialmente ajenos, son dignos de mención los supuestos examinados en las sentencias de 31-10-1992 y 26-1-1996; en la primera, se cuenta con el testimonio de una niña, víctima de una agresión sexual, que sí que acude al plenario pero no contesta ninguna de las preguntas que intentan hacérsele, habiendo declarado únicamente en Comisaría. El T.S. puntualiza que el art. 6,3 C.E.D.H. no obliga al testigo a responder a las preguntas que se le formulen, sin perjuicio de que el Tribunal deduzca de ese «silencio» las consecuencias probatorias racionalmente necesarias, poniendo en relación la credibilidad y firmeza de las contestaciones ofrecidas sumarialmente con su actitud de silencio en el plenario. En la 2ª, examinando el hecho de que terminada una vista oral, como un testigo, aún en los aledaños de la sede del Juzgado, fuera amenazado por una de las partes en razón de su testimonio, e interviniera un Fiscal con la intención de protegerle, recriminando verbalmente al amenazador su conducta, con indicación de la posibilidad de «detenerle e ir a la cárcel», ve en la actuación de aquel miembro del Ministerio Público, un «exceso de celo» y señala que debió tomar otras alternativas más eficaces y menos virulentas que las de enfrentarse con tales personas, que se encontraban en un «alto grado de excitación».

En un segundo grupo de sentencias (8-7-1994, 14-2-1995 y 14-7-1996) hace recepción expresa de la figura del testigo «oculto» y en síntesis viene a declararse que aunque el deponer el testigo sin ser visto por el acusado puede restringir el principio de publicidad, ello no constituye una infracción procesal relevante, porque quedan debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, igualdad de armas, defensa e inmediación y que también el testigo de referencia debe comparecer ante el Tribunal en el juicio oral, si bien, el testigo anónimo o desconocido para todas las autoridades actuantes en la causa no es equiparable al testigo de referencia³⁸.

De otra parte, en las de 28-1-1995, 6-5-1997 y 28-12-1997, pone en juego, aun de manera mediata, los preceptos de la Ley 19/94. En la primera de ellas, el único testigo de cargo, compradora de droga, que ratificó la adquisición de tal sustancia de parte del acusado ante el Juez Instructor, con reconocimiento en rueda, antes del inicio de las sesiones del juicio oral compareció ante el Fiscal y ratificó sus manifestaciones anteriores, indicando su intención de no acudir a la vista oral por miedo y temor a represalias del acusado y su entorno.

Ante tal estado de cosas, la Audiencia tuvo en cuenta aquellas declaraciones sumariales, entendiendo que ese miedo está en el entorno socio-judicial y ello implica el que la ausencia del testigo se ha debido a «fuerza mayor», y por ello es lícito acudir a sus manifestaciones sumariales para dictar un fallo condenatorio.

Frente a ello, el T.S. recuerda que ya en algún caso ha aceptado tales testimonios sumariales como elemento probatorio de cargo, y les ha concedido virtualidad, haciéndose eco de esa «realidad socio-judicial», pues es cierto que cada vez con más insistencia se detecta el temor de muchos testigos de cargo a comparecer al juicio oral y declarar en contra de los acusados presentes en el mismo, pero ello no conduce a dar validez a dichas actuaciones sumariales, dado que el art. 4.5^º de la Ley 19/94 exige para los testigos que se han acogido a la misma la necesaria ratificación en el plenario de sus testimonios, al no tratarse de un supuesto de imposible reproducción que permita desconocer el principio de contradicción.

En la 2^a, también dimanante de delito de tráfico de drogas, se niega que haya habido vulneración de la publicidad procesal, de la contradicción o del derecho de defensa, por el hecho de que el testigo en fase de ins-

³⁸ En la primera de las aquí citadas el testigo declara desde el umbral de entrada a la Sala; en la 2^a, colocado tras las espaldas del acusado para impedir su visión por este último. Cfr. TOMÉ GARCÍA, José A.: «Validez de la declaración testifical del testigo oculto tras un biombo». En *Rev. Tribunales de Justicia*, 1998/3, págs. 367 y ss.

trucción hubiera declarado sin estar «identificado», al venir ello amparado expresamente por las normas de la Ley de Protección de testigos, que previamente le fueron aplicadas.

Y en la 3ª, —supuesto de atentado terrorista con resultado de muerte, en el que se aplicó la repetida Ley a la esposa de la víctima, testigo presencial de los hechos—, permitiéndosele la declaración, fuera de los estrados de la Sala y acompañada de otra persona, como testigo oculto (con base en el art. 2,b de aquella Ley), pero no anónimo (se conocía su nombre, apellidos y demás circunstancias del art. 436 de la L.E. Crim., entre ellas, su vinculación con la víctima, por ser su viuda) la Sala de modo contundente y textual afirma que: «...pretender que se ha producido indefensión porque los acusados y el público no han podido verla, pero sí los abogados de las defensas, no puede sostenerse con seriedad, ni siquiera por mor de la defensa». (La proscripción de la indefensión del art. 24 C.E. nada tiene que ver con la declaración de la testigo fuera de estrados para que no fuera vista por el público y los acusados, al conocer éstos y sus defensas todos los datos y circunstancias y la relación con el caso enjuiciado de la deponente, y al haberla sometido a interrogatorio).

Se añade, incluso, que tampoco se coartó la publicidad a las defensas de los acusados que «vieron» a la testigo; y que la referencia a la presunción de inocencia es extraña a la cautela adoptada para la protección de la misma y, en todo caso, la: «legalidad por L.O. es la que ha dado cobertura al Tribunal sobre la forma de prestar el testimonio y la seguridad jurídica no se altera porque está determinada en la Ley con suficiente motivo».

Debe concluirse este epígrafe ratificando que todas las sentencias que ya directamente desde 1995 a 1999 han aplicado y examinado el contenido de la Ley y que agrupamos por fechas (28-I-1995, 14-II-1995, 30-V-1995, 25-IV-1997, 6-V-1997, 13-V-1997, 11-VI-1997, 24-VI-1997, 28-XI-1997, 28-II-1998, 16-III-1998, 3-III-1999, 9-III-1999 y 19-VII-1999), referidas a delitos tales como homicidio frustrado a agentes policiales, depósito de armas, tenencia de explosivos, de banda armada, desórdenes públicos y terrorismo urbano, tráfico de drogas, prostitución y robo con intimidación, invariablemente confirman: 1º) el testimonio de la persona, cuya identidad real es conocida, prestado en el plenario o vista oral sin ser visto por los acusados y/o por el público asistente, pero sí por el Juez, Fiscal, letrados, etc., es un testimonio válido para fundamentar un fallo condenatorio; pues implica una precaución o medida de protección legitimada legalmente en el artículo 4,1º de la L.O. 19/94.

Y aunque se contempla como una irregularidad procesal, es escasamente relevante, limitando mínimamente el principio de publicidad, pero sin

incidencia sobre el derecho a la última palabra, de igualdad, de defensa, a la presunción de inocencia, etc.

Y, 2ª) En ningún caso puede salvarse la no asistencia al juicio oral del testigo o perito, dado que aquella ley regula los medios para neutralizar su temor a las amenazas y represalias, concediéndoles unas especiales medidas de protección, sin que (art. 5,4) quepa eludir la comparecencia, a salvo de lo dispuesto en el repetido artículo 730.

IV.-BALANCE Y CONSIDERACIONES FINALES

Vamos a destacar en este apartado final, en atención a lo que ha venido hasta ahora expuesto, una serie de valoraciones de contenido sociológico, técnico-jurídico y de propuestas de futuro.

En primer lugar, los resultados que la Ley 19/1994 nos ofrece, pasados ya cinco años largos desde su entrada en vigor, desde una perspectiva meramente cuantitativa y atendiendo a las estadísticas difundidas por la prensa escrita —en noviembre de 1997— (con todas las reservas, por tanto) son ciertamente discretos, ya que, a tal fecha, eran en España 81 los testigos protegidos en aplicación de la misma; no obstante, debiendo reconocerse que por las autoridades competentes parece que se intenta dar respuesta a las peticiones en plazos razonables para los casos de protección meramente policial, dado que de las 82 peticiones de protección cursadas por los órganos jurisdiccionales (prácticamente todas residenciadas en el seno de los fenómenos de terrorismo y delincuencia organizada) tan solo una de ellas quedaba pendiente de resolución.

Sin embargo, en términos de pura eficacia, las sombras de duda subsisten y baste traer a colación, como botón de muestra, la queja por aquellos meses de diversas Asociaciones de vecinos y pacifistas, etc., expresando en la calle su apoyo a un testigo «acosado» u «hostigado» por identificar en un juicio oral a dos supuestos culpables del incendio de un autobús en una ciudad vasca, y que, pese a su carácter de testigo «oculto», ello no evitó los ataques posteriores a su patrimonio, llegando incluso a reconocerse oficialmente la existencia de «filtraciones» sobre su identidad.

Asimismo, especialmente dificultoso se ha mostrado el problema de la concesión de nuevas «identidades», reducidas a tan sólo 4 supuestos de los citados 81 testigos o peritos y de modo aún más restringido —por no decir cicatero— se ha materializado la decisión de aprobación de medidas económicas en favor de los mismos, pues, a la postre, exclusivamente —según las mismas informaciones— se han aprobado tales medidas en favor de 2 testigos, quedando otros 2 a la espera de la resolución oportuna.

De ello deducimos que, ya sea por el reducido ámbito de juego que la ley presenta, o por aplicación judicial escéptica o poco sensible de la misma, es incontestable que ningún acicate ha supuesto para aumentar la confianza de los ciudadanos (testigos o no testigos) hacia el sistema judicial, si bien, la falta de colaboración con el mismo (incomparecencias repetidas a las llamadas de Juzgados y Tribunales) haya de explicarse por causas más profundas y ya diseccionadas profusamente³⁹.

En segundo lugar, y en puridad de principios, no cabe duda de que el texto legal que se comenta trata de no quebrar, sino en lo indispensable y de forma admisible (dadas las restricciones y limitaciones ínsitas en sus propios fines y naturaleza) seculares derechos, principios y garantías —de orden constitucional y procesal— como la publicidad, la contradicción y el derecho de defensa, y todo ello en aras de dotar, excepcionalmente, a los testigos y peritos que en el proceso intervienen de un marco de protección específico que impida y reserve que su concurso se frustre o se vea mediatizado ante fenómenos de criminalidad peligrosa y muy grave.

Consecuentemente, sus preceptos no se apartan en su diseño de la doctrina emanada del T.E.D.H. en la materia, y que vino asumida inmediatamente tanto por el T.C. como por el T.S. españoles; doctrina reseñada en el epígrafe anterior y que se encuadra en la aspiración de guardar un razonable equilibrio entre el derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías correspondientes a todo imputado y la salvaguarda de los derechos e intereses de los testigos y peritos afectados; equilibrio especialmente complicado en la fase de plenario o juicio oral, en cuyo momento ninguna restricción sustancial de los derechos de los primeros es admisible.

Entendemos, pues, que en conjunto las medidas protectoras que la ley acoge en el orden procesal no distorsionan groseramente las cautelas que la prueba testifical y pericial requieren para su valoración en el proceso, sin

³⁹ Los estudios sociológicos y estadísticos de los últimos años (propiciados desde el C.I.S. y el C.G.P.J.) inciden en la tendencia progresiva e imparable de generalizado descontento de la ciudadanía (no siempre asentado en bases reales) sobre el funcionamiento de la Admón. de Justicia, destacando como principales «motivos», la eventual aplicación discriminatoria y desigual de la Ley, y el «blando» castigo de los delitos, exculpándose en este último punto a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad...

Quizás no debemos olvidar que no existe en España, a diferencia de lo que ocurre en los países de influencia anglosajona, una cultura o tradición policial y judicial favorecedoras en el uso de estos instrumentos legales; sorprendiendo, por ejemplo, que en julio de 1997, el Secretario de Estado para la Seguridad (Sr. M. Fluxá) se quejara de que la aplicación de la ley 19/94 no se ha hecho con la suficiente frecuencia, ni con la celeridad requerida.

Sin dejar de admitir el tanto de culpa que corresponde a los estamentos judiciales, a la postre, el éxito o no de la ley va a depender en gran medida de la eficacia a la hora de mantener reservada la identidad del testigo o perito y de garantizar su seguridad personal, esta última tarea fundamentalmente policial.

dejar de reconocer que alguna de tales disposiciones rezuman rasgos y resabios inquisitivos, introducidos con fines legítimos y de tutela de otros derechos dignos de respeto en un Estado democrático y de derecho, por lo que siempre será preferible una aplicación mesurada de las mismas, que no equivale necesariamente a restrictiva.

En tercer lugar, y como aspectos críticos merecen destacarse la ausencia de una delimitación conceptual más nítida entre las figuras del testigo oculto y del testigo anónimo, que hubiera sido conveniente significar explícitamente para evitar confusionismos; la no contemplación del régimen y alcance de la posible protección del llamado «confidente policial», al no quedar significado si su esfera de actividad pudiera o no quedar cubierta por los efectos de la Ley, ni del planteamiento de la necesidad o no de mantener los efectos de la Ley al testigo protegido «perjuro»; tampoco se reglamenta la eficacia del consentimiento o intervención en la adopción de las medidas por parte del sujeto a proteger, esto es, las posibilidades y vías de impugnación bien de la negativa a la adopción, bien del contenido, dimensión (incluso cuantitativa) de las concedidas; laguna no declarada que puede provocar un abandono y pasividad en el sujeto que ve eliminadas sus subjetivas expectativas ante el inicial deseo e intención de colaborar activamente con los Juzgados y Tribunales.

Más injustificada resulta la falta de cumplimiento de la previsión contenida en la Disposición Adicional 2ª sobre el desarrollo reglamentario de la Ley, pues aún a estas fechas no tenemos noticia de la publicación de Reglamento alguno, quedando indefinidos y sin concreción alguna los parámetros y mecanismos de aportación de los recursos económicos y de todo orden que la hagan capaz de desterrar definitivamente los fenómenos que pretenden atajarse⁴⁰.

⁴⁰ Y ello pese a que el desarrollo reglamentario ha venido reclamado por variados sectores doctrinales, por el anterior F.G.E. y por diversos grupos parlamentarios. Así, en sesión de 25 de junio de 1997, celebrada en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, se propuso tal desarrollo para mejorar la ley, corrigiendo las deficiencias que han posibilitado la revelación de datos de testigos protegidos, y su discutida operatividad. Particularmente, uno de los parlamentarios de IU puso de manifiesto que la realidad indica que la ley no ha cumplido los objetivos buscados, al ser deficientes los mecanismos que garantizan la integridad y futuro del testigo protegido, e insuficientes los esfuerzos y medios (presupuestarios) empleados.

Nótese que el Estado español debe atender a las recomendaciones de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada (D.O.C.E. de 11-1-1997), en la cual, siguiendo las directrices de la de 23-11-1995, el Consejo anima a los Estados miembros no sólo a la concesión de beneficios específicos a los «arrepentidos» en el seno de tales organizaciones criminales, sino a adoptar: «medidas de protección adecuadas respecto a personas y, si procede, sus padres, hijos, y o otras personas allegadas a ellas, que, por el hecho de estar dispuestas a cooperar con el proceso judicial, están expuestas a peligro grave e inmediato, o pudieran estarlo...».

En este orden de cosas la propuesta o conclusión del III Congreso de Justicia Penal, celebrado en Huelva en julio de 1998, referente a la reagrupación sistemática y ordenada en una única norma legal de todos los dispersos instrumentos legales de lucha contra la delincuencia organizada, merece ser estudiada.

Y, en último término, cara al futuro, no queremos dejar de realizar dos observaciones de indudable proyección; de una parte, aunque la repercusión y consecuencias del veredicto absolutorio del caso «Otegui» (6-3-1997) parece haberse difuminado con el tiempo, la constatación o sospechas de supuesto miedo por eventuales «presiones» o amenazas hacia los componentes del Tribunal del Jurado, debe dar la oportunidad a la reflexión pausada acerca de la conveniencia del otorgamiento o no de un estatuto específico de garantías y medidas protectoras similar o análogo al contemplado en la Ley 19/94, bien entendido que salvando las distancias derivadas del carácter de partícipes en la función jurisdiccional de los Jurados; planteamiento polémico y de cuasi imposible aceptación para determinadas medidas (¡Jurado oculto!) al devenir contrarias de modo flagrante a diversos preceptos de la C.E., como ya ha puesto de manifiesto el Prof. FAIREN⁴¹; pero que no debe vetar absolutamente, como este insigne procesalista indica, el «tomar en préstamo» otras de pura protección policial y aseguramiento personal preventivo de los Jurados; y, de otra, que el devenir de la Ley va ligado inexcusablemente al desarrollo de las nuevas tecnologías presentes en el mundo actual para otros sectores, y las cuales pueden servir para salvar o facilitar la integración normativa, superando los escollos que pudieran presentarse en la práctica.

Son ya una realidad las propuestas de nuestro entorno jurídico tendentes (Coloquio sobre aspectos jurídicos y prácticos de la utilización de medios de audición a distancia en procesos penales, celebrado en Madrid en marzo de 1997, en el ámbito de la Unión Europea) a la concreción definitiva de la posibilidad de que los testigos puedan declarar en los juicios penales por el sistema de «videoconferencia», llegando la Sra. Ministra de Justicia —presente en el Coloquio— a incluir este sistema en el artícu-

⁴¹ Vid. FAIREN GUILLEN; Víctor: El miedo de los Jurados. En Rev. La Ley. T. III, 1997. págs. 1.673 y ss. Al hilo de lo dicho, no debe obviarse que las presiones, amenazas directas y sin tapujos, en determinados ámbitos geográficos contra los Jueces y Magistrados profesionales se está convirtiendo en una realidad creciente y lamentable, y que aun tangencial a la aquí examinada, no deja de reflejar un estado de cosas a atajar sin miramientos, so pena de sovarcar, por falta de recursos o desidia de los poderes públicos, capitales fundamentos de nuestro sistema democrático.

lado del Proyecto de la Ley General de Cooperación Jurídica Internacional en materia Penal⁴².

Es indiscutible que la declaración de testigos protegidos mediante estos nuevos sistemas videográficos (amparados por el art. 230 de la L.O.P.J.) —ya empleados en juicios internacionales por crímenes de guerra en la ex-Yugoslavia— constituye una herramienta eficazísima para solventar los problemas de seguridad y los recelos de los testigos para deponer en juicios especialmente cualificados y de temor a enfrentarse cara a cara a los acusados y personas de su entorno; garantizándose la imagen y voz simultáneas del testigo para ante el Tribunal y partes, con posibilidad de interrogatorio cruzado en directo, con la presencia de un Secretario Judicial que de fe del lugar desde el que se transmite su declaración, de la espontaneidad de ésta, así como de la autenticidad e integridad del soporte videográfico o transmisión; las tachas de ilegitimidad constitucional o de legalidad ordinaria, en atención a la jurisprudencia expuesta, acerca de tales sistemas nos parecen fácilmente salvables.

Vayan o no por ahí las nuevas realidades inmediatas, lo fundamental a retener, y tomamos aquí las palabras de GIMÉNEZ GARCÍA, es que los testigos o peritos que cumplan con su deber cuenten con las suficientes condiciones efectivas de que la veracidad de su testimonio o su dictamen no va a verse perturbada por el miedo a represalias o amenazas, esto es, que: «...el riesgo de tales represalias o amenazas pueda estar eficazmen-

⁴² Y, en efecto, en el Proyecto de Ley 121/00058 (B.O.C.G. 28-5-1997) se dedica el artículo 120 al llamado «testimonio a distancia», señalándose en su núm. 1 que: «cuando no sea posible u oportuno que una persona residente en el extranjero comparezca personalmente en España, se podrá instar que se le reciba declaración por medio de videoconferencia o conferencia telefónica» (obviamente constanding la identidad del testigo; norma que vendrá a facilitar el entendimiento del art. 730 de la Ley Procesal Penal vigente); en el núm. 4, proclamando que en la misma forma: «se podrán practicar tales diligencias en España, pudiendo tener lugar en una sede fuera de la del órgano judicial y apropiada a tales efectos»; pero con la limitación prevenida en el núm. 6 («estas diligencias, sólo pueden solicitarse desde España en la fase de instrucción y tendrán en el plenario el valor que, con carácter general, se establece en el art. 730...»).

Finalmente y más trascendente es el núm. 7 de la norma, al expresar que: «Se observarán en lo pertinente, las normas sobre protección de testigos, pudiendo otorgarse la citada protección fuera de las fronteras nacionales, de acuerdo con un tratado o el principio de reciprocidad».

Ello supone que con la entrada en vigor del precepto el ámbito subjetivo de la Ley 19/94 podría ensanchar su radio de acción de modo considerable.

Muy esclarecedor, a los fines de comprender las nuevas perspectivas que abren los sistemas de prueba por audición a distancia y videoconferencias, es el trabajo de SENES MOTILLA, Carmen: «Derechos de la persona en la audición a distancia de testigos en procesos penales». En Rev. Gen. de Derecho, nº 643, abril de 1998, págs. 4.239 y ss.

Y la efectividad de tales sistemas ya ha venido contrastada, por ejemplo, con la declaración que por videoconferencia prestó un testigo el 30-VI-1999 para la Corte de Florida (EE.UU.) desde la sede de un Juzgado de Instrucción de Barcelona.

