

La protección de testigos en el proceso penal

~Silvia M.^a Rosales Pedrero~

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia FICP.

Sumario.- El presente trabajo aborda de forma no exhaustiva la figura del testigo protegido a la luz de la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, y algunas de las complejas cuestiones que en su aplicación práctica genera, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo con el derecho de defensa de los encausados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical.

Palabras Clave.- Agente encubierto; identidad del testigo; garantías procesales; infiltrado; prueba testifical; testigo anónimo; testigo oculto; testigo protegido.

I. INTRODUCCIÓN

Por declaración de testigo se entiende, el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de una percepción sensorial adquirida fuera del mismo, relativa a un hecho pasado y dirigida al fin de la prueba, esto es, a formar el convencimiento del juzgador sobre la verdad de un hecho de interés para el proceso.¹

Como es sabido, es un deber constitucional prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso², ahora bien el temor a sufrir represalias así como las obligaciones y deberes que la ley les impone, hace que ciudadanos que presencian la comisión de un hecho delictivo se muestren reticentes a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales, eludiendo así adquirir la condición de testigo. Estas situaciones se acrecientan cuando se presentan en casos de delitos cometidos por bandas armadas u organizaciones terroristas por la especial gravedad de los delitos cometidos por estas personas y el superior daño material, y muchas veces moral, que causan a la sociedad al alcanzar a bienes que afectan en su esencia a toda la colectividad.³

Una de las vías que se adoptan para evitar este temor a declarar es la de que el testigo declare por videoconferencia en el juicio oral superando así la vieja técnica del

¹ MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

² Artículo 118 CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

³ MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal. La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY. LA LEY 12920/2010.

“biombo”⁴ que en nada preserva la intimidad del testigo, por cuanto tiene que acudir físicamente a la Sala en donde se celebra el juicio. Ahora bien, si la técnica de la videoconferencia es válida para algunos casos, por ejemplo de violencia de género, delitos de carácter sexual, etc., no lo es para supuestos en los que el miedo no se produce por el hecho de declarar el día del juicio, sino por conocer que los acusados y otras personas saben quien está declarando, al conocerse la identidad del testigo.

Para dispensar protección a aquellas personas que colaboran con la Administración de Justicia mediante su declaración, sobre los que recaiga una seria amenaza, el ordenamiento jurídico español, regula un sistema de protección de testigos que encuentra su reconocimiento legal mediante la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales (LO 19/1994)⁵. Sin embargo, tal y como está regulada la protección de testigos en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión que de inmediato se suscita es la de si se favorece un grado de amparo suficiente para que los testigos tengan una garantía de no sufrir posibles represalias. En este sentido, establece ALONSO BELZA, la LO 19/1994 pone en juego tres intereses diferenciados: por un lado, el interés del Estado en erradicar la delincuencia y facilitar la investigación; por otro, el interés del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan recaer sobre el mismo o sus familiares; y por último, en tercer lugar, el interés del imputado en conocer todos los extremos de la imputación y poder así ejercer el derecho a su defensa sin ninguna limitación.⁶

II. TESTIGOS OCULTOS Y TESTIGOS ANÓNIMOS

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, se publicó a los nueve meses de dictarse la conocida STC 64/1994, de 28 de febrero⁷, que abordó, desde el plano de su validez constitucional, la distinción entre los testimonios ocultos y los testimonios anónimos. Los primeros son

⁴ Respecto de los "biombos" en las Salas de Vistas, el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.a del TS de 6-X-2000, indica que el art. 2.b permite adoptar –con tal mobiliario– la medida de impedir la visualización del testigo en el acto del juicio oral, con la única exigencia de su razonable motivación, la que podrá incluso reflejarse directamente en el acta del juicio sin necesidad de resolución separada y escrita; y ratificando que la no motivación o deficiente motivación del acuerdo es motivo de control casacional y puede acarrear la nulidad de la vista oral.

⁵ Publicado en BOE de 24 de Diciembre de 1994. Vigencia desde 25 de Diciembre de 1994.

⁶ ALONSO BELZA, M., La protección de peritos y testigos en causas criminales, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, núm. 13, 1999, p. 114.

⁷ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 28-2-1994, nº 64/1994, BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994, rec. 2468/1991; Pte: Vega Benayas, Carlos de la.

aquellos que se prestan por un testigo cuando no es visto por el acusado (por ejemplo, cuando el testigo declara detrás de una mampara protectora que impide la confrontación visual directa con el acusado). Por el contrario, los testimonios anónimos son aquellos que se prestan por una persona cuya verdadera identidad es desconocida para el tribunal o la defensa o para ambos. En la subcategoría de los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

Dentro de la subcategoría de los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semiocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.⁸

En la referida STC 64/94 se admitió la validez constitucional y probatoria de los testigos ocultos, siempre que se respetase la garantía de contradicción durante su interrogatorio en el acto del juicio oral. Para el TC el simple hecho de la ocultación visual no genera una limitación de las posibilidades de defensa del acusado y, por tanto, es compatible con el respeto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). También, en los posteriores AATC 270/1994 y 522/2005, se insiste que en los casos de testigos ocultos la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resultan plenamente respetados, por lo que han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del artículo 6.3.d) CEDH y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 CE.

⁸ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-11-2016, nº 852/2016, rec. 10881/2015; ROJ: STS 4835:2016, ECLI: ES:TS:2016:4835; Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

Con posterioridad la Directiva 2012/29/UE, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, previó, entre las medidas de protección que pueden adoptarse para el caso de víctimas con necesidades especiales de protección, la de evitar el contacto visual con el infractor, durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación (art. 23.3, letra a).

En relación con los denominados testigos anónimos el TC, tras invocar la doctrina del TEDH, concluyó que el total anonimato de un testigo de cargo y la imposibilidad de contradicción son contrarios a las exigencias derivadas del artículo 24 CE. No obstante, esta conclusión merece ser objeto de alguna matización, pues no siempre el testimonio anónimo carece de eficacia probatoria y resulta contrario al derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), a la luz de la propia doctrina del TEDH. A modo de resumen, de la doctrina del TEDH ⁹se infiere que el anonimato de los testigos no es una medida que resulte totalmente incompatible con las exigencias derivadas del derecho al proceso equitativo, siempre y cuando resulte justificada y no conlleve, en atención a las singulares circunstancias concurrentes, una limitación intolerable del derecho de defensa del acusado, lo que deberá ser objeto de una adecuada ponderación (*balancing test*) por parte del Tribunal enjuiciador. Además, el anonimato, caso de mantenerse, no debe conllevar una limitación de la garantía de contradicción reconocida en el artículo 6.3.d) CEDH, por lo que la defensa siempre deberá tener una ocasión para interrogar a los testigos y no deberá ser la única prueba de cargo o la prueba decisiva para fundamentar la condena.¹⁰

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 19/94

La Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su Exposición de Motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura y otros

⁹ SSTEDH caso *Kostovski contra Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Doorson contra Holanda*, de 26 de marzo de 1996; caso *Vissier contra Holanda*, de 14 de febrero de 2002; caso *Birutis y otros contra Lituania*, de 28 de marzo de 2002; caso *Taal contra Estonia*, de 22 de noviembre de 2005; caso *Krasniki contra República Checa*, de 28 de febrero de 2006.

¹⁰MIRANDA ESTRAMPES, M, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGO, R., SÁNCHEZ SISCART J.M., CAMARENA GRAU, S., LÓPEZ ORTEGA, J.J., ORTEGA LORENTE, J.M., 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° volumen: 31 Año: 2013. CGPJ

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de diciembre de 1984, cuya ratificación por España fue publicada en el *BOE* de 9 de noviembre de 1987, y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas *«para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado»*.

Con estos antecedentes, la LO 19/1994 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a 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, permitiendo a la Autoridad Judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios, y evitando su adulteración como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados.

Dicha Ley —como expresa su Exposición de Motivos— no puede arbitrar un conjunto de garantías de carácter absoluto e ilimitado, sino que debe ponderarse, en cada caso, *«el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares»*.

La existencia de peligro supone, en palabras de la STS de 3 de marzo de 1999¹¹, la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la administración de justicia o sus allegados inmediatos.

La motivación de ese peligro que, tal y como señala MAGRO SERVET¹², lógicamente, aparece teñido de subjetividad para quien lo siente, ha de realizarla el Juez o Tribunal que acuerde la aplicación del mecanismo de protección previsto en la Ley. En su consecuencia, exige valorar los intereses y la situación conflictual, y abordar lo procedente apreciando racionalmente la existencia de un peligro grave para la persona, libertades y bienes (STS 1367/2004, de 29 de noviembre¹³).

Las medidas necesarias para la protección del testigo o perito pueden ser diversas según se adopten durante la fase de instrucción en la que el Juez Instructor, a instancia de parte o de oficio, acordará alguna de las medidas contenidas en el artículo 2 de la LO

¹¹ LA LEY 3314/1999.

¹² MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal; *La Ley Penal*, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY; LA LEY 12920/2010.

¹³ LA LEY 319/2005.

19/1994, y a la apertura del juicio oral, en el que el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos deberá pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas adoptadas durante la instrucción y, en su caso, sobre la necesidad de adoptar nuevas medidas de protección previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4 LO 19/94).

Las medidas a adoptar por el Juez instructor para la protección de los testigos pueden consistir en:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los testigos, pudiéndose utilizar para esta identificación un número o cualquier otra clave.

b) Que los testigos comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Desde el dictado del auto acordando la protección, se introducirán en sobre separado todos los datos relativos a la identificación del testigo protegido que deba permanecer sometido a reserva, en cuya parte exterior únicamente se consignará el número o signo tomado para su identificación en el proceso. Este sobre será custodiado separadamente de la causa, bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia, hasta su remisión al órgano de enjuiciamiento.

La limitación de los derechos de defensa del procesado que supone el ocultamiento de identidad de los testigos así como la imposibilidad de visualizarlos durante su testimonio es clara. Sin embargo, estas limitaciones durante la fase de instrucción se tornan menos graves que si se adoptan o se mantienen en la fase de juicio oral. A este respecto conviene traer a colación que la Ley, antes de la aprobación de la LO 19/1994, ya preveía -y sigue previendo- que en determinados supuestos pueda restringirse el principio de publicidad y/o de contradicción durante la fase de instrucción. Así ocurre, por ejemplo, siempre que el Juez decreta el secreto de sumario de conformidad con el artículo 302 LECrim. -principio de publicidad- o cuando el

imputado o investigado no se encuentre presente en todas las diligencias que se practiquen.

Es durante la fase de juicio oral en la que la combinación de las medidas de protección de testigos y el respeto al derecho de defensa se torna más complejo. Ello obedece principalmente a que es en la fase de juicio oral en la que debe acreditarse, con todas las garantías, la culpabilidad o inocencia del acusado, teniendo éste en todo momento la posibilidad de contrarrestar, analizar y valorar en toda su amplitud las pruebas practicadas. Una vez finalizada la instrucción, el Tribunal encargado del enjuiciamiento de los hechos, deberá pronunciarse motivadamente sobre la necesidad y procedencia de mantener, modificar o suprimir las medidas adoptadas durante la fase de instrucción, e incluso añadir nuevas medidas. En el supuesto en que el Tribunal no se pronuncie, parece que recae sobre la defensa del acusado la carga de solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre la procedencia de las medidas ya adoptadas durante la instrucción.¹⁴

No obstante lo anterior, especial referencia merece la protección de los menores víctimas y/o testigos a la hora de comparecer en juicio. La protección de los menores de edad, ofendidos por unos delitos (en especial los de contenido sexual), viene exigida por la incidencia negativa que los mismos pueden tener en el desarrollo posterior de la personalidad de estos menores. Por ello la sociedad debe evitar que no vuelvan a recordarlo en la celebración del juicio en que se encause al presunto culpable.¹⁵

Mención aparte precisa también la posición jurídica de las víctimas de la violencia de género que deban deponer en juicio en calidad de testigos, o la de sus parientes. En este sentido, el artículo 416.1 LECrim. establece un derecho renunciable en beneficio de los parientes testigos de la víctima y a favor de ésta, es decir una causa de justificación que les permite su negativa a declarar. Sin embargo, cuando se trata de la víctima que ha denunciado voluntariamente la violencia y busca protección del Estado, en principio,

¹⁴ RIFÁ SOLER, J.M.ª; El testigo protegido y el agente infiltrado. Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011. LA LEY 17915/2011

¹⁵ Véase en este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

no puede acogerse a este derecho o beneficio, ya que esta actitud de denuncia muestra una clara voluntad de declarar. Así lo dispone reiterada jurisprudencia del TS.¹⁶

IV. EL DESCUBRIMIENTO DE LA IDENTIDAD DEL TESTIGO PROTEGIDO

Probablemente la cuestión más espinosa que se suscita en torno a los testigos protegidos es la relativa a la obligatoriedad de desvelar su identidad con anterioridad al inicio del juicio oral, si así lo solicitare alguna de las partes en su escrito de calificación, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.¹⁷

La cuestión que ahora se somete a análisis deriva directamente de los términos en los que está redactado el artículo 4.3 de la LO 19/94, en cuya virtud:

"Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley".

Resulta, en definitiva, que el anonimato del testigo subsiste hasta el juicio oral si alguna de las partes solicita motivadamente que se desvele su identidad. Y en plena correspondencia con el precepto reproducido, la doctrina del TS y del TC ha venido estableciendo que no puede constituir prueba de cargo la declaración de un testigo cuya identidad sea desconocida por el Tribunal o por cualquiera de las partes, pues lo contrario sería tanto como desconocer el derecho del acusado a interrogar a los testigos

¹⁶ STS de 23 marzo 2009, núm. 319, Ponente Marchena Gómez.

¹⁷ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-1-2015, nº 51/2015, rec. 10682/2014; ROJ: STS 373:2015, ECLI: ES:TS:2015:373; Pte: Granados Pérez, Carlos

de cargo, reconocido tanto por la legislación ordinaria y constitucional, como por los convenios internacionales suscritos por España.¹⁸

Asimismo, el TEDH ha declarado en numerosas resoluciones que, a pesar de la protección que debe dispensarse a los testigos cuya vida o bienes puedan correr peligro como consecuencia de su declaración, ello no puede prevalecer sobre los principios fundamentales que deben regir el procedimiento penal. Así, en las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 y de Windisch de 27 de septiembre de 1990¹⁹, el TEDH ha considerado contrario al CEDH la condena del acusado sobre la base de declaraciones de testigos cuya identidad ha permanecido desconocida para el Tribunal o para la defensa. En el mismo sentido, pero en relación con el principio de contradicción e igualdad de armas procesales, en la Sentencia de LUDI, de 15 de junio de 1992, el TEDH estimó que la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública como garantía del pleno respeto de sus derechos de defensa.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, así como del tenor literal del artículo 4 LO 19/1994 parece erigirse como norma general la imposibilidad de fundar una prueba de cargo sobre la base de un testimonio cuya identidad permanezca oculta. Sin embargo, posterior jurisprudencia del TS y del TEDH ha matizado esta doctrina en supuestos en que no podía determinarse que se produjera indefensión a la defensa, aun cuando la identidad de un determinado testigo permanecía oculta. En ese sentido, en la Sentencia de Wisser, de fecha 14 de febrero de 2002, y de Birutis, de fecha 28 de marzo de 2002, el TEDH ha dictaminado que el testimonio anónimo puede operar como prueba de cargo en aquellos supuestos en que el anonimato esté plenamente justificado y, además, la defensa pueda interrogar al testigo y comprobar la fiabilidad de su testimonio. Exactamente en el mismo sentido, y a través de una interpretación correctora del artículo 4 LO 19/1994, el TS, en sus Sentencias de 27 de marzo 2009²⁰ y 16 de abril de 2009²¹ parece abrir la puerta a la posibilidad de que, en determinados supuestos debidamente justificados, la identidad del testigo pueda permanecer oculta y constituirse en prueba contra el acusado siempre que se den los siguientes requisitos: que se pueda comprobar la fiabilidad del testimonio y que éste no sea la única o decisiva prueba de cargo.

¹⁸ Derecho reconocido en el art. 6.3 d) del Convenio de Roma, el art. 24 CE, y el art. 710 LECrim.

¹⁹ Caso *Windisch contra Austria*, de 27 de septiembre de 1990

²⁰ LA LEY 67178/2009

²¹ LA LEY 40423/2009

En la Sentencia del TS de 18 de junio de 2010²², en la que se recoge toda la doctrina jurisprudencial existente hasta el momento, vuelve a matizarse la doctrina relativa al testigo anónimo y el TS termina concluyendo que, a pesar que el Tribunal esté facultado para permitir la declaración de testigos anónimos en circunstancias excepcionales, tal testimonio «habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo».

Más recientemente la STS 29 de enero de 2015 literalmente expresa: “... *En definitiva, como recuerda la STC. 8.4.2013, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración de un testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo, concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá por sí sola o con un peso probatorio decisivo enervar la presunción de inocencia.*”²³.

A este respecto cabe traer a colación que en el Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores (Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011)²⁴, todos los asistentes consideraron que el Juez o Tribunal llamado a conocer del enjuiciamiento de la causa podrá denegar la solicitud de revelación de identidad del testigo protegido, siempre y cuando se cumplan unas condiciones o requisitos mínimos:

a) Que la denegación se haga a través de auto motivado;

b) Que la denegación se justifique en la existencia de un riesgo fundado y grave para la vida, seguridad o integridad del testigo, que aconseje el mantenimiento, durante la fase de plenario, de las medidas de protección acordadas por el Juez Instructor;

²² LA LEY 113850/2010

²³ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-1-2015, nº 51/2015, rec. 10682/2014; ROJ: STS 373:2015, ECLI: ES:TS:2015:373; Pte: Granados Pérez, Carlos.

²⁴ Delgado Echevarría, C., Conclusiones del Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores. Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011; Publicación: Valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores; Colección: Conclusiones de Seminarios Nº volumen: 2 Año: 2011. CGPJ. Servicio de Formación Continua.

c) Que, en cualquier caso, esto es, aun sin desvelarse la identidad concreta del testigo, sí se permita a las partes examinar al testigo y someter sus declaraciones a adecuada contradicción.

1. Lectura de las declaraciones sumariales en los casos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con carácter general, las pruebas deben ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción. No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Una de las situaciones que puede darse es que los testigos protegidos desaparezcan antes del juicio y que los agentes no sepan cuál es su paradero cuando las partes los han propuesto como testigos. En estos casos es posible apelar a la lectura de las declaraciones sumariales, sin que ello suponga de ordinario la necesidad de tener que suspender el juicio si consta en las actuaciones cuáles han sido las medidas de localización efectuadas por los agentes para localizarlos.

La LO 19/94 establece en su artículo 4.5: *“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 considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”*.

Tanto el TC como el TS se han pronunciado sobre los requisitos que condicionan la validez como prueba de cargo a declaraciones prestadas en fase sumarial, que la doctrina constitucional ha clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se

documenta, conforme al art. 730 Lecrim., o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador. Matizando asimismo que lo que la doctrina constitucional garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre y 142/2006, de 8 de mayo), por lo que el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando la efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, 187/2003, de 27 de octubre y 142/2006, de 8 de mayo).

La utilización de la vía del artículo 730 de la Lecrim., está establecida para los casos en que no siendo posible que se preste la declaración testifical en el juicio oral la imposibilidad se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles, es decir cuando, por causa independiente de la voluntad de las partes, una determinada diligencia no puede ser reproducida en el Juicio Oral. Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave, en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables y en el caso de testigos en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral (Sentencias de 26 marzo de 1995, 25 mayo de 1996, 27 diciembre de 1999, entre otras muchas, y entre las más recientes STS 365/2012, de 15 de mayo).

Consecuentemente, la jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, deben haberse agotado las gestiones, incluidas las policiales, para averiguar el paradero del testigo incomparecido y que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa con cumplimiento del principio de contradicción. Sumamente importante resulta pues cómo ha sido la redacción del oficio policial de las diligencias de busca y localización de los testigos protegidos y que el agotamiento de la investigación de su paradero ha resultado infructuoso, ya que la validez de la medida de

no suspensión del juicio dependerá de la redacción del oficio remitido al Tribunal dando cumplimiento al requerimiento para que los agentes localizaran al testigo protegido, por lo que no puede darse por válido el testimonio de testigos protegidos, incomparecidos al plenario de no haberse adoptado las medidas adecuadas para hacerles comparecer, impidiéndose así a los defensores ejercer el derecho fundamental a interrogarles y repreguntarles.

2. Aplicación al agente encubierto de la LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales

Por medio de la reforma de la LECrim., operada por la LO 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, se introdujo en el ordenamiento jurídico español la figura del agente encubierto, completando así el régimen de protección previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos de causas criminales.

Tiene su antecedente en el Derecho alemán. El término "undercover" o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.

Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes para su descubrimiento, permitiendo recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. (STS 1140/2010, de 29-12).

Señala RIFÁ SOLER²⁵ que la figura jurídica del infiltrado es uno de los instrumentos que el legislador ha considerado oportuno regular para afrontar, con el pleno respeto de las garantías que deben regir la investigación y el procedimiento penal, los problemas de muy diversa índole asociados a la delincuencia organizada, ya sea en relación con delitos en materia de drogas o en relación con otros ilícitos cuyo nexo

²⁵ RIFÁ SOLER, J.Mª., El testigo protegido y el agente infiltrado. Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011. LA LEY 17915/2011

común también es el *modus operandi* a través de organizaciones criminales. Así se deriva de la Exposición de motivos de la LO 5/1999, en la que se justifica la reforma sobre la base de dos motivos diferenciables a la vez que inescindibles: 1.º La importancia del crimen organizado en una sociedad globalizada como la actual, y, 2.º La necesidad de adaptar las técnicas tradicionales de investigación a las nuevas formas de comisión delictiva a través de entramados complejos organizativos.

El artículo 282 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, autoriza que los funcionarios de la policía judicial con identidad ficticia la mantengan a lo largo del juicio cuando deban testificar en el juicio y así lo acuerde el juez motivadamente. A estos efectos, resultará de aplicación lo dispuesto en la LO 19/94, de protección de testigos y peritos en causas criminales, pero es evidente que aquella prevención supone un tratamiento diferente al agente encubierto del testigo protegido, toda vez que la declaración con identidad encubierta no supone el anonimato del testigo, sino tan sólo la ocultación de su identidad real, pero no la de aquella bajo la cual se presentó ante el acusado, lo que no impide la contradicción de su testimonio ni la de la virtualidad probatoria del agente encubierto.

La cuestión que se suscita es hasta qué punto la posibilidad de mantener la identidad supuesta durante la declaración del agente encubierto en el juicio oral, no supone una extralimitación de las medidas dispuestas en el artículo 4.3 de la LO 19/94, por cuanto no sólo se restringe la visibilidad del testigo, sino que se permite el ocultamiento de la verdadera identidad del agente, pudiendo a llegar a pensarse que lo que posibilita la Ley es la declaración de un testimonio hasta cierto punto anónimo. Sin embargo la similitud entre el agente infiltrado y el testigo anónimo tampoco es total. El testigo anónimo se distingue por cuanto declara sin que la defensa pueda conocer su identidad, mientras que el agente infiltrado declara con una identidad que no es la suya, sino con una ficticia pero, al mismo tiempo, legal y conocida para los imputados por cuanto ha sido la única identidad con la que se han relacionado con el agente.

Como principio básico, señala RIFÁ SOLER que la utilización de la técnica del agente infiltrado no modifica la necesidad de que en la fase de juicio oral, durante la declaración testifical del agente, deban respetarse los principios y garantías que rigen el procedimiento penal. Ahora bien, el respeto ineludible de estos principios no puede conllevar un desconocimiento de la especial protección de la que precisa el agente una vez concluida la investigación policial y, por ello, debe determinarse en qué medida los

instrumentos legales al alcance hacen posible una ponderación de principios y bienes jurídicos que reconcilie la coexistencia de un juicio con todas las garantías y, al mismo tiempo, acorde con los principios de inmediación, contradicción e igualdad de armas, con la protección del agente infiltrado.

FUENTES

- ABELLA LÓPEZ, J., El derecho a conocer la identidad del acusador en el proceso penal. Condena basada en el testimonio anónimo. A propósito de la STC 75/2013, de 8 de abril, La Ley Penal, Nº 108, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2014, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 2962/2014.

- ACEVEDO FRÍAS A.A., El delito de asociación ilícita. Problemas en la investigación y enjuiciamiento del mismo. Reformas necesarias y reformas previstas, Publicación: Novedades legislativas en el orden penal, Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 46 Año: 2009.

- DELGADO ECHEVARRÍA, C., Conclusiones del Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores. Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011, Valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores; Colección: Conclusiones de Seminarios Nº volumen: 2 Año: 2011.

- GARCÍA PÉREZ, J.J., Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español; Publicación: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos; Colección: Cuadernos de Derecho Judicial Nº volumen: 2 Año: 2001.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal, Revista del Poder Judicial Nº volumen: 80 Año: 2005.

- LEAL MEDINA, J., El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea. Diario La Ley, Nº 8063, Sección Doctrina, 16 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-139, Editorial LA LEY, LA LEY 1790/2013.

- MAGRO SERVET, V., La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria, La Ley Penal, Nº 54, Sección Práctica penal, Noviembre 2008, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 40112/2008.

- MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal, La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY, LA LEY 12920/2010.

- MIRANDA ESTRAMPES, M./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J./ BACH FABREGO, R./SÁNCHEZ SISCART, M./ CAMARENA GRAU, S./ LÓPEZ ORTEGA, J.J./ ORTEGA LORENTE, J.M., Publicación: 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 31 Año: 2013.

- RIFÁ SOLER, J.Mª., El testigo protegido y el agente infiltrado, Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial" , edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011, LA LEY 17915/2011.

- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal, Diario La Ley, Nº 7260, Sección Doctrina, 13 de Octubre de 2009, Año XXX, Ref. D-318, Editorial LA LEY, LA LEY 18008/2009.