

El testigo protegido

~M.^a del Carmen de León Jiménez~

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

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 118 de la Constitución española recoge el deber de todos los ciudadanos de colaborar con los jueces y tribunales en el curso del proceso. En consonancia con este deber constitucional, y en el mismo sentido se expresa la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 17.1.¹, y en el proceso penal, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.²

La protección de los testigos y peritos en el proceso penal, desde una perspectiva meramente cuantitativa o numérica, desde luego, no ha constituido históricamente, 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 ciudadanía y en la opinión pública 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 (art. 10.2 de la Constitución).

II. EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Concepto de testigo protegido

En el ámbito penal, el testigo es una persona que, teniendo conocimiento de hechos o datos relevantes para el procedimiento, ya sea como consecuencia de lo que ha visto, de lo que ha oído o de lo que ha percibido, brinda su testimonio en orden a colaborar con la Administración de Justicia, siempre obligado a decir la verdad, pues en caso contrario cometería un delito de falso testimonio. El problema surge cuando los ciudadanos se muestran reticentes a colaborar con la administración de justicia en determinadas causas penales particularmente en causas penales muy complejas o con mucha repercusión mediática, por miedo de que ellos mismos o sus familiares puedan sufrir represalias como consecuencia de

¹Artículo 17.1 de la CE: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los demás casos y en la forma prevista por la ley

²Artículo 410 de la Lecrim: Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.

su colaboración con la Justicia a sufrir represalias. Ello puede comportar una importante consecuencia: que el proceso se celebre sin contar con su valioso testimonio y prueba, lo que perjudicaría la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal, y facilitaría en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Así, se expresaba a mediados de los años 90, el preámbulo de la L.O.19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales. Una norma que trató de hacer visible el equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y sus familiares.

La figura del testigo protegido no es exclusiva de España. En el marco de la ONU, el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes señaló que: “se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”.

En el ámbito europeo, existe una breve Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995 relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional.

Como es habitual en la normativa comunitaria, la Resolución comienza definiendo qué es un testigo: *toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación pueda poner en peligro a dicha persona*. Entre otras orientaciones, el Consejo establece que: *los testigos deberían estar protegidos contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta; los Estados miembros deberían garantizar la protección adecuada y efectiva del testigo, antes, durante y después del proceso si así lo estiman necesario las autoridades competentes; esta protección debería también garantizarse a los padres, hijos u otros allegados del testigo en caso necesario, de forma que se evite cualquier forma de presión indirecta, por razón de extrema gravedad de una amenaza, cabría la posibilidad de autorizar al testigo, y en su caso, a las personas de su entorno a cambiar de identidad*.

2. La LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección de peritos y testigos en causas criminales

La exposición de Motivos de la Ley dice, que esta norma es consecuencia de una contrastada experiencia³. Se intenta establecer un sistema que armonice las garantías encaminadas a la protección de testigos y peritos, con los principios propios del proceso penal, persiguiendo el equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a testigos y peritos, y a sus familiares. Continúa señalando la Exposición de Motivos que "el sistema implantado confiere al juez o tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro, y la aplicación de todas o algunas de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos...". Y todo ello siguiendo las directrices marcadas por el Derecho Comparado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Resolución 827/1993 de 25 de mayo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas concerniente a la antigua Yugoslavia.

a) Antecedentes

Con anterioridad a la LO 19/1994, de 23 de diciembre, en nuestro país venía gestándose un clima de opinión, coincidente con lo que sucedía en el Derecho Comparado⁴, en el que se 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, etc⁵.

La práctica cotidiana en los juzgados y tribunales, y especialmente en los juzgados de instrucción que por su particular cometido facilitan un trato más directo con el ciudadano que como testigo (víctima o no) o perito (especialmente si es ajeno a las estructuras públicas de apoyo a los órganos jurisdiccionales en materia de peritaciones) acuden a los mismos, permite comprobar cómo unos y otros sienten comprometida su seguridad a consecuencia de la obligada intervención procesal. Lo que particularmente atormenta al ciudadano llamado a inter-

³Exposición de Motivos de la LO 19/1994: "La reticencia de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y la Administración de justicia en determinadas causas penales, ante el temor a sufrir represalias".

⁴ 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(arts. 9 y siguientes), y también la "Victim and witness Protection Act" de 12/10/1982 en EEUU, 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.

⁵ MORAL GARCÍA, A./SANTOS VIJANDE, J.M: Publicidad y secreto en el proceso penal. 1996

venir es el temor a sufrir represalias en su persona o la de su familia y, consecuentemente, que sus datos personales, especialmente los referidos al domicilio, estén a disposición del imputado y su entorno. Sobre todo en los supuestos relacionados con las formas más graves de delincuencia y criminalidad organizada. Este miedo, desasosiega y exaspera si además, de manera no deseada, peritos y testigos se ven convertidos en punto de atención para los medios de comunicación que difunden no solo su nombre, sino también su propia imagen.

El ciudadano se siente el último engranaje de una maquinaria que funciona sin tomarle en consideración, que muchas molestias y pocas satisfacciones le reporta, y que además le requiere de forma obligada. Tan obligada que su negativa a intervenir puede llegar a ser constitutiva de delito.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no abordó directamente este problema hasta la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales

En definitiva, puede concluirse que hasta la LO 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.

b) Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo

El art. 1.1 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, en el procedimiento ordinario por delitos, en el procedimiento abreviado, y en el procedimiento contra diputados y senadores. Al no limitar la Ley su ámbito de aplicación a los procesos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de entenderse que también es de aplicación al procedimiento del Tribunal del Jurado, al proceso penal propio de la Jurisdicción Militar introducido por LO 2/1989 de 13 de abril, e incluso en los procesos ante la Jurisdicción de Menores.

La determinación del ámbito subjetivo de aplicación requiere de una precisión conceptual y terminológica previa, cual es la de que por definición 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 ⁶.

La adopción de alguna de las medidas protección exige que "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la 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”.

Es el juez quien apreciará el grado de riesgo o peligro para aplicar todas-o alguna-de las medidas legales de protección previstas, cuando las considere necesarias. En este caso, el artículo 2º de la Ley establece que *el juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte(...)las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones: a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave; b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual norma; y 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.*

El artículo 3.2º también prevé que, si la circunstancia del grave peligro se mantuviera una vez que ha hubiera finalizado el proceso, a los testigos y peritos se les brindará protección policial y en casos excepcionales, incluso se les podrá facilitar documentos con una nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo.

c) Contenido

Ley prevé medidas de carácter procesal junto con otras que afectan a ámbitos distintos, especialmente policiales y gubernativas. Las primeras, a excepción de la reserva del nombre y

⁶ FUENTES SORIANO, O. La Ley Orgánica 19/94, de protección de testigos y peritos en causas criminales. En Rev. de Derecho Procesal, 1996, n.º 1, Edersa, Madrid, 1996

apellidos del afectado perdurarán mientras lo hagan las circunstancias que aconsejaron su adopción, incluso hasta que el proceso concluya. Las restantes, es decir, las que son de carácter policial y administrativo, podrán mantenerse aún después de concluido el proceso definitivamente mientras persista la situación de peligro que originó su adopción.

A las medidas posibles durante la instrucción se refiere la Ley en su art. 2.º, según el cual son propias de esta fase las necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, su profesión y lugar de trabajo. Podrán ser acordadas por el juez de instrucción de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al riesgo o peligro racionalmente apreciado. Tratándose de medidas que limitan derechos fundamentales, han de ser proporcionales al riesgo apreciado y necesario e idóneo para precaverlo.

Las medidas a adoptar son las siguientes:

1. Que no consten en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio lugar de trabajo y profesión del protegido, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

Se trata de mantener en secreto todos los datos que puedan identificar a una persona con la finalidad de proteger su seguridad e integridad física. Parece lógico pensar que, en consonancia con esta inédita, en el interrogatorio al que se someta el testigo protegido quedarán vedadas las preguntas que se le dirijan tendentes a su identificación.

2. Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual normal. No alude la ley a procedimiento alguno en concreto, por lo que muy bien pueden utilizarse desde gorros, capuchas, antifaces etc. hasta pantallas separadoras para el momento en que la intervención procesal tenga lugar. También parece razonable que se adopten medidas especiales para preservar el anonimato de la persona protegida cuando ésta haya de acceder a la sede judicial donde tenga que declarar o efectuar la pericia.

3. 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.

La adopción de estas medidas habrá de tramitarse en pieza separada en la que constarán los datos reales de la persona protegida, a la que, en tanto no se deje sin efecto la medida, las partes no podrán tener acceso y permanecerá bajo la custodia del letrado de la administración de justicia.

A la fase intermedia y de enjuiciamiento dedica la ley su art. 4. Con arreglo al mismo, recibidas las actuaciones en el órgano competente para el enjuiciamiento, este se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección 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.

Dice la Ley que las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica, si bien habrá de entenderse que también pueden serlo la resolución que recaiga sobre el mantenimiento, modificación o supresión de las ya acordadas, así como la que las deniegue⁷.

Cualquiera de las partes podrá motivadamente solicitar en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos y peritos propuestos como prueba que fueran admitidos como tal. En este supuesto, el auto que admite la prueba ha de expresar el nombre y apellidos de las personas de que se trate, respetándoles las restantes garantías. A partir de que se notifique a las partes esta identidad, comenzará el plazo para la recusación de peritos y otro de cinco días para proponer prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio del testimonio del testigo.

A la luz del expresado artículo 4, surge la cuestión relativa a cuál es el sentido que tiene desvelar la identidad del testigo protegido de cara a la fase del juicio oral cuando durante la instrucción ha quedado bajo el anonimato precisamente en un ademán de protección del mismo. En este sentido se han pronunciado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y de manera extensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intentando analizar y dotar de contenido y mayores requisitos la regulación del testigo protegido, en un claro intento de buscar un equilibrio entre un proceso penal con todas las garantías para el acusado y la protección de los testigos protegidos y en su caso, sus familiares, en su deber de colaboración con la Justicia.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2016

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2016 ha puesto de relieve la dificultad de equilibrar el derecho de la defensa con el derecho de proteger los bienes de la persona del testigo protegido, así como la valoración de dicha prueba, y su compatibilidad con las garantías constitucionales de contradicción e inmediatez.

⁷ GIMÉNEZ GARCÍA, J. El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. En Actualidad Penal, 1994

La sentencia señala que, dentro de la categoría de testigos protegidos, es preciso distinguir dos subcategorías, en cuanto al nivel de protección: por un lado, los testigos anónimos, y por otro, los testigos ocultos. Los primeros, son aquellos de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales. A su vez, dentro de los testigos anónimos caben distintas modalidades de anonimato: los que no han podido ser identificados con datos personales, por lo que se ignora su identidad, y aquellos otros supuestos en los que el testigo sí ha sido identificado dentro del proceso, pero el Tribunal acuerda mantener en secreto y no dar a conocer a las partes su identidad.

Los testigos ocultos, sin embargo, sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero deponen en el acto del juicio sin ser vistos por el acusado y público. También dentro de los testigos ocultos hay diferentes posibilidades. Están aquellos que pueden declarar en una dependencia aparte, sin ser vistos ni por el Tribunal, ni por las partes ni por el público, tan solo oídos. Y también están aquellos que pueden ser declarar sin ser vistos por el Tribunal ni por las partes, pero no por el público ni el acusado.

Todos los sistemas se complementan con la distorsión de la voz.

La citada Sentencia recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 64/1994, de 28 de febrero, la cual señala qué requisitos debe reunir la declaración del testigo anónimo para poder constituir prueba de cargo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero, que el anonimato haya sido acordado por el tribunal en una decisión motivada, en la que se ponderen de manera razonable los intereses en conflicto.

El segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato se compensen con medidas alternativas que permita al acusado evaluar, y en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y su testimonio. Y el tercero, que la declaración del testigo concorra acompañada de otros elementos probatorios de manera que no podrá, por sí sola, o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

La sentencia entra en el tema de cuánta motivación se debe exigir a la defensa cuando solicita conocer la identidad del testigo superando la fórmula genérica de que le causa indefensión dicho desconocimiento, toda vez que del contenido de la declaración en instrucción pueden derivarse datos que le permita una mayor concreción en cuanto al motivo de su petición. Y distingue según la relación extraprocesal existente entre el testigo y el acusado. Es decir, si fuera un agente policial o persona con la que no ha tenido relación alguna, es irrelevante para la defensa conocer su identidad.

Pero si hubiera habido relación extraprocésal, conocer la identidad del testigo puede ser esencial para valorar su credibilidad ante la posible existencia de motivos espurios. Y no obstante, en este último caso, no se puede desestimar la pretensión por falta de concreción sino que ha de ponderarse.

En el supuesto analizado, se trataba de un testigo anónimo y oculto –ni la defensa sabía quién era ni lo vio ni percibió cuando declaró–, y tenía motivos para sospechar que podría actuar contra él por razones de venganza, odio o enemistad por relaciones extraprocésales. El Tribunal no justificó las razones de mantenerlo anónimo y oculto, que son excepcionales, y que suponen una limitación al derecho fundamental al proceso con todas las garantías, concluyendo en la ineficacia de la declaración de dicho testigo protegido. No anula la sentencia porque el resto de prueba no es suficiente y por tanto aprecia vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

III. CONCLUSIONES

La figura del testigo protegido, una figura aparentemente sencilla y útil para el proceso penal, muestra en realidad dificultades ante la ponderación que debe hacerse de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Por ello, la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y de manera más extensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han intentado analizar y dotar de contenido y mayores requisitos la regulación del testigo protegido, en un claro intento de buscar un equilibrio entre un proceso penal con todas las garantías para el acusado y la protección de los testigos protegidos y en su caso, sus familiares, en su deber de colaboración con la justicia.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES SORIANO, O: La Ley Orgánica 19/94, de protección de testigos y peritos en causas criminales. En *Rev. de Derecho Procesal*, 1996, n.º 1, Edersa, Madrid, 1996.

GIMÉNEZ GARCÍA, J: El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. En *Actualidad Penal*, 1994.

GIMENO SENDRA, J.V./MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal penal*. Edit. Colex, Madrid, 1996.

GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. *El Proceso penal*. Edit. Trivium. SA, 4.a ed. Madrid, 1996.

MORAL GARCÍA, A/SANTOS VIJANDE, J.M: *Publicidad y secreto en el proceso penal*. 1996.