

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

SOBRE LA PRUEBA DE TESTIGOS Y SU PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL*

FERNANDO DEL CACHO MILLÁN

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Sobre la prueba testifical en el actual proceso penal español: 2.1 La CE y la nueva lectura de la LECrim; 2.2 Obligaciones y derechos del testigo en el proceso penal español: 2.2.1 Las obligaciones del testigo; 2.2.2 Derechos del testigo; 2.3 Excepción a la inmediación. El artículo 730 de la LECrim y la lectura de declaraciones – 2.4 Valoración de la declaración del testigo protegido en el acto del juicio oral – 3. La protección del testigo en el actual proceso penal español: 3.1 El testigo-víctima; 3.2 Ámbito de aplicación de la LDPTP; 3.3 La apreciación racional de peligro grave; 3.4 Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP: 3.4.1 Tiempo de adopción de las medidas de protección; 3.4.2 Medidas de protección del testigo en particular.

1. Introducción¹

La prueba testifical tiene especial importancia en el proceso penal, por ser en éste el testigo el medio de prueba más utilizado y muchas las sentencias condenatorias basadas fundamentalmente en de-

claraciones testificales. Sin embargo, con frecuencia quienes han de prestar declaración como testigos no lo hacen por miedo, o como expresa la Exposición de Motivos de la LO 19/1994 de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales (BOE de 24.12.1994), por el “temor a sufrir represalias”.² La mencionada ley, en un intento por lograr la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y el castigo de los culpables (cf. Exposición de Motivos) hace posible el establecimiento de una serie de medidas para “protegerlos” y pretende lograr así no sólo su colaboración, sino

^(*) Agradezco especialmente al Professor Dr. Hünerfeld, Referente científico de la Sección española del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania), sus comentarios y ayuda para escribir este artículo.

⁽¹⁾ Abreviaturas: Ar./Revista Aranzadi, BIMJ/Boletín de Información del Ministerio de Justicia, BJC/Boletín de Jurisprudencia Constitucional, BOE/Boletín Oficial del Estado, CE/Constitución española, Cit./citado, CP/Código Penal, Ed./Edición, FJ/Fundamento jurídico, LECrim/Ley de Enjuiciamiento Criminal, LDPTP/Ley de Protección a Testigos y Peritos, LO/Ley Orgánica, n.mg./número marginal, núm./Número, párr./párrafo, págs./Páginas, RDP/Revista de Derecho Procesal, sigs./siguientes, SSTC/Sentencias del Tribunal Constitucional, SSTS/Sentencias del Tribunal Supremo,

STC/Sentencia del Tribunal Constitucional, STS/Sentencia del Tribunal Supremo, STEDH/Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TC/Tribunal Constitucional, TEDH/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TS/Tribunal Supremo.

⁽²⁾ El antecedente de esta ley se encuentra en una proposición de ley del año 1993 a iniciativa del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos y que contiene 12 artículos; véase el BOCG de 15 de septiembre de 1993.

que declaren “sin la presión” de temores y miedos.³ Con el presente artículo nos proponemos presentar el actual modelo español de protección de testigos en el proceso penal y las dificultades que su aplicación plantea en la práctica a la luz de la jurisprudencia y doctrina, por cierto escasa,⁴ que se ha ocupado del tema. No obstante nos ha parecido bien tratar previamente, aunque sea de modo general, la prueba testifical en el actual proceso penal español, para después hacerlo de la actual regulación de la protección al testigo.

2. Sobre la prueba testifical en el actual proceso penal español

2.1 *La CE y la nueva lectura de la LECrim*

La CE de 1978 significa un impacto tal en la legendaria LECrim de 1882 que se ha llegado a hablar de un “derrumbamiento” de la misma. El artículo 24.2 de la CE, al margen de los problemas que su enunciado plantea, contempla el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías. El proceso ya no se concibe como un instrumento para la persecución a ultranza del delincuente sino como garantía de su libertad y de sus derechos. Pero no debe olvidarse que ese modelo de proceso penal instaurado por la CE también debe

proteger y en un primer lugar a la víctima⁵ y a quienes de una forma u otra intervienen en el proceso, como son los testigos y los peritos. La conjunción de garantías procesales y de protección de la víctima, así como de protección de testigos y de cuantos de una forma u otra intervienen en el proceso, no es fácil de lograr, y de hecho el legislador tiene que inclinarse al final en favor de una o de otra.

Desde la STC de 28.07.1981⁶ se sentó la doctrina de que sólo pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral. Más concretamente y en relación con la prueba de testigos, tanto la jurisprudencia del TS como la del TC se han pronunciado expresamente en el sentido de que la declaración testifical prestada en la instrucción se reitere y reproduzca en el acto del juicio oral, para de este modo dar cumplimiento a todas las garantías.⁷

No obstante esta doctrina encuentra excepciones que plantean no pocas cuestiones y que en relación con la prueba testifical pasamos a tratar en los epígrafes siguientes.

2.2 *Obligaciones y derechos del testigo en el proceso penal español*

2.2.1 *Las obligaciones del testigo*

2.2.1.1 *La obligación del testigo de declarar – La propia LECrim de 1882 distingue*

(5) A esa protección de la víctima van dirigidas iniciativas legislativas como por ejemplo la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Téngase en cuenta también el artículo 781 párr. 1 de la LECrim según el cual el Ministerio Fiscal deberá velar “por la protección de los derechos de la víctima”.

(6) BJC núm. 6.

(7) SSTs de 30 de mayo de 1988, Ar. 4110 y de 12 de julio de 1988, Ar. 6566. STC 80/1986 de 17 de junio, BJC núm. 63.

(3) Véanse como complemento de esta LDPTP los artículos 718 a 720 de la LECrim, y en particular este último referido a la declaración del testigo fuera del lugar en el que se celebre la audiencia cuando “el Tribunal lo ordene”.

(4) Nos permitimos destacar como artículos referidos exclusivamente a la protección de los testigos, los siguientes: Cartagena Pastor, F., *Protección de testigos en causas criminales: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, BIMJ núm. 1758, 15 de octubre de 1995, págs. 79 y sigs.*; Fuentes Soriano, O. *La LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales, RDP núm. 1, 1996, págs. 135 y sigs.*

entre la obligación de declarar (artículo 716) y la obligación de comparecer (artículo 410).⁸ Según el primero de los artículos mencionados en su párr. 1 (compárese con el artículo 420 de la LECrim), modificado por ley 10/92 de 30 de abril, el testigo que se niegue a declarar incurrirá en una multa que se impondrá en el acto de 5000 a 25000 pesetas (entre 30 y 150 euros aproximadamente). Según el artículo 716 párr. 2 de la LECrim si el testigo persiste en su negativa a declarar se procederá contra él como autor de un delito de desobediencia grave a la Autoridad (véase artículo 556 del CP).⁹ En cuanto a las excepciones a esta obligación de declarar del testigo hay que estar en primer lugar a la CE, según la cual la ley regulará los casos en que "no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos" (artículo 24.3 de la CE). Efectivamente ya la LECrim se refirió en los artículos 411 párr. 2, 416, 417.1 y 2, y 418 a las excepciones a la obligación de declarar en consonancia con la letra de la CE que reduce a dos los motivos por los que no se está obligado a declarar, esto es, "por razón de parentesco o de secreto profesional" (artículo 24.3 de la CE). Sin embargo, esta letra de la CE no se aviene con la del artículo 411 párr. 1 de la LECrim, por lo dicho, en cuanto que este último precepto dispensa de la obligación de declarar (y de comparecer) al Rey, a la Reina, a sus respectivos consortes, al Príncipe Heredero y a los Regentes del Reino, y es obvio que aquí no tienen que darse necesariamente "razones de parentesco o de secreto profesional". Tampoco la CE se refiere a la dispensa de la obligación de declarar del testigo "por incapacidad" y sí lo hace el artículo 417.3 de la LECrim (cuando se trate de "incapacitados física o moralmente").

⁽⁸⁾ Para la obligación de declarar y de comparecer del testigo que dependa de la jurisdicción militar véase al artículo 429 párr. 2 de la LECrim.

⁽⁹⁾ Este artículo contempla la pena de prisión de 6 meses a un año.

2.2.1.2 La obligación del testigo de comparecer – La obligación del testigo de comparecer o de "concurrir al llamamiento judicial" (artículo 410 de la LECrim) también es sancionada en caso de incumplimiento con el pago de una multa de 5000 a 25000 pesetas (véase equivalencia supra 1.1), y en caso de persistir el testigo podrá ser "conducido" ("detenido", véase STC 98/1986 de 10 de julio)¹⁰ a presencia del Juez de Instrucción y procesado por delito de denegación de auxilio según el artículo 420 párr. 1 de la LECrim (véase artículo 463.1 del CP).¹¹

Sin embargo no es lógico que quien ha sido víctima de un delito sea detenida por no comparecer y encerrada en un calabozo hasta que le reciba el Juez de Instrucción o sea conducida al acto del juicio oral.

Por ello y las circunstancias de temor a represalias y miedos que a veces rodean al testigo en causas criminales, este artículo 420 de la LECrim há sido de escasa aplicación en la práctica.¹² Es decir, que los "remedios" (multa y procesamiento) previstos en la LECrim de 1882 para lograr la comparecencia y declaración del testigo no han dado resultado. Queda por ver la aplicación que se hace en la práctica del artículo 463.1 del nuevo CP español, aunque es predecible que este nuevo artículo siga la suerte del anteriormente mencionado. Por otro lado, el testigo que declare ante el Juez de Instrucción tiene la obligación de comparecer ante el juzgador y en caso de incumplimiento la LECrim contempla la ridícula multa de 25 a 250 ptas (entre 0, 15 y 1, 5 euros aproximadamente) (cf. artículo 446 párr. 1 de la LECrim). La obligación

⁽¹⁰⁾ BJC núm. 63.

⁽¹¹⁾ Este artículo contempla la pena de arresto de 12 a 18 fines de semana y multa de 6 a 9 meses cuando el reo está en prisión, y cuando no hay reo en prisión con multa de 6 a 9 meses.

⁽¹²⁾ Entre 1990 y 1997 no hemos encontrado ninguna sentencia que se refiere a este artículo.

de comparecer, que incumbe a todos los que residan en territorio español (cf. artículo 410 de la LECrim) y “que no estén impedidos” (artículos 410 y cf. artículo 420 párr. 1 de la LECrim), tiene sus excepciones expresadas en los artículos 411 y 412 de la LECrim, el primero referido al Rey, etc., y el segundo distinguiendo entre quienes están dispensados de concurrir pero no de declarar.

Por impedido puede entenderse, por analogía con el artículo 707 de la LECrim aunque aquí estemos situados en el juicio oral, como aquél que se haya privado del uso de razón.

2.2.2 Derechos del testigo

2.2.2.1 El derecho del testigo a no declarar — De todos modos hay que puntualizar ya que en los anteriores supuestos (artículos 411, 416, 417 y 418 de la LECrim) no se está hablando de una prohibición de declarar, sino de un derecho a no declarar o de dispensa de declarar. Entonces se plantea la siguiente pregunta: si resulta que quien está dispensado de declarar, por ejemplo el padre del imputado, declara voluntariamente en la fase de instrucción y luego en el acto del juicio oral ejerce su derecho a no declarar, ¿pondrá tener en cuenta el juzgador el testimonio realizado en la instrucción? La jurisprudencia del TS en sentencia de 14.03.1989¹³ admite la valoración de los testimonios de los padres del acusado realizados en la instrucción, cuando en el acto del juicio oral se negaron a declarar. Sin embargo esta sentencia contradice otra antigua de 13.11.1885¹⁴ y la opinión de autores como Aguilera de Paz¹⁵ y Gómez Orbaneja.¹⁶

Parece fuera de discusión que para valorar estas declaraciones testificales realizadas en la instrucción deberá darse lectura de las mismas según el artículo 730 de la LECrim y de este modo garantizar la contradicción, y por otro lado para dicha lectura este precepto exige que se trate de diligencias “que no puedan ser reproducidas en el juicio oral”. Si se entiende que en el supuesto de testigo que ejercita su derecho a no declarar se está ante una diligencia que no puede ser reproducida en el juicio oral, entonces se estará a favor de la lectura y consiguiente valoración. Por el contrario, si se entiende que el hecho de que el testigo ejerza su derecho a no declarar no es un supuesto de “imposible reproducción” (cf. artículo 730 *in fine* de la LECrim) se estará a favor de negar la lectura y por tanto no será posible valorar el testimonio realizado en la instrucción. Cosa distinta es que el juzgador valore en el juicio oral la negativa a declarar de quien no está obligado a ello. Por otro lado, a nadie se le oculta que quien va a juzgar tiene conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en la fase de instrucción,¹⁷ y que ante la negativa de estos testigos a declarar puede verse de algún modo su convicción condicionada a resultados de otras pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Por último, no es discutible que si quien está dispensado de declarar lo hizo en la fase de instrucción sin ser advertido de su

Editores, T. V, Madrid, 1914, págs. 401 y 402, que sin embargo afirma que “podría ordenarse... (la lectura) en el caso de que el testigo no hubiere concurrido al juicio, pues entonces por su falta de asistencia no puede saberse si su voluntad es negarse a declarar”.

(13) Ar. 2630.

(14) Cit. Por Gómez Orbaneja, E. (con Herce Quemada, V.), *Derecho procesal penal*. 8 Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, p. 256.

(15) Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus

(16) Gómez Orbaneja, E. (con Herce Quemada, V.), *Derecho procesal penal*. 8 Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1975, págs. 255 y 256.

(17) A evitar esto obedecen últimas leyes como la LO 5/1995, 22 de mayo del Tribunal del Jurado.

derecho a no declarar (véase artículo 416.1 párr. 2 de la LECrim), y luego decide no declarar en el acto del juicio oral, estamos ante un supuesto en el que no se podrá dar lectura a su declaración realizada en la instrucción, y por lo tanto tampoco podrá ser tenida en cuenta ni valorada.

2.2.2.2 El derecho del testigo a una compensación económica – No debe olvidarse tampoco que una de las causas de la incomparecencia de testigos en el proceso penal se debe a la falta de una efectiva compensación económica a la que tiene derecho todo testigo por los perjuicios y gastos que se le originen “si la reclamare”, según el artículo 722 párr. 1 de la LECrim. Para cuantificar la indemnización se tienen en cuenta sólo los gastos del viaje y el importe de las horas de trabajo perdidas (cf. artículo 722 párr. 2 de la LECrim). Por tanto, según la LECrim, el testigo que no reclame no será indemnizado y el testigo que no tenga ni gastos de viaje ni un trabajo, o éste no sea retribuido, en la práctica tampoco será indemnizado aunque reclame.

Actualmente determinadas Comunidades Autónomas como la del país Vasco, Cataluña, Galicia y Valencia han asumido el pago de las indemnizaciones a los testigos que comparezcan ante los órganos judiciales que tengan su sede en dichas Comunidades.¹⁸

2.3 *Excepción a la inmediación. El artículo 730 de la LECrim y la lectura de declaraciones*

Anteriormente nos hemos referido a la prueba procesal como aquella que se produce con todas las garantías entre las que cabe señalar la inmediación. El artículo 741 párr. 1 de la LECrim habla expresamente de apreciar “las pruebas practica-

das en el juicio”,¹⁹ con lo cual sigue la línea jurisprudencial marcada por el TC español a partir de la mencionada STC de 28.07.1981.²⁰ No obstante la excepción puede verse en el artículo 730 de la LECrim conforme al cual es posible dar lectura en el acto del juicio oral a la declaración hecha por el testigo en la fase de instrucción, cuando se den dos condiciones ex lege: que se trate de diligencias que “no puedan ser reproducidas en el juicio oral”, y que ello se deba a “causas independientes de la voluntad (de las “partes”)”. La primera condición en relación con el testigo se puede interpretar que tiene lugar cuando no puede declarar en el acto del juicio oral. A priori se pueden distinguir tres supuestos “de imposible reproducción en el juicio oral” (cf. artículo 730 de la LECrim): fallecimiento del testigo, que el testigo se halle en ignorado paradero, que el testigo se encuentre en el extranjero.²¹ En estos supuestos tanto “las partes” como el Tribunal (según el artículo 729.2 de la LECrim) pueden solicitar la lectura de las declaraciones realizadas por el testigo en la fase de instrucción. Para ello se utilizarán los escritos de acusación o de defensa de modo que el Tribunal (o en su caso el Juez), en el auto en el que fija la fecha de inicio de las sesiones del juicio, se pronunciará sobre la admisibilidad de dicha lectura (artículos 659 párr. 1 de la LECrim para el procedimiento abreviado).

No obstante, tratándose de un supuesto excepcional, también podrá pedirse la lectura de declaraciones testificales realizadas en la instrucción en el acto del juicio oral, tanto en el procedimiento común

(19) Excepcionando como es sabido la prueba anticipada; véase STC 80/1986 de 17 de junio, *BJC* núm. 63.

(20) Véase la STC 22/1988 de 18 de febrero, *BJC* núm. 83, acerca de la eficacia probatoria de las diligencias en la fase de instrucción.

(21) Véanse SSTs de 6 de marzo de 1989, Ar. 2497 y de 23 de enero de 1990, Ar. 1921.

(18) Véase Reales Decretos 1684/1987, 966/1990, 2166/1994, 293/1995.

ordinario como en el abreviado (artículo 793.2 párr. 2 de la LECrim). En el procedimiento común ordinario, contra el auto que rechaza la lectura de las declaraciones testificales procede recurso de casación (previa oportuna protesta) (artículos 659 párr. 4 y 850.1 de la LECrim). Para el procedimiento abreviado se puede proponer de nuevo la lectura en el recurso de apelación (artículo 795.3 de la LECrim, previa oportuna protesta) o, en su caso, procederá el recurso de casación por denegación de diligencias de prueba.

En cuanto a la lectura de las declaraciones del testigo protegido realizadas en la fase de instrucción, hay que estar al artículo 4.5 de la LDPTP, que también condiciona dicha lectura a que “se consideraran de imposible”. Sin embargo es de distinguir esta dicción de la del artículo 730 de la LECrim puesto que en este último se habla de diligencias que “no puedan ser reproducidas en el juicio oral” mientras que para el testigo protegido basta que se “considere” que sus declaraciones no pueden ser reproducidas en el juicio oral, lo que da un margen más amplio para admitir la lectura.

2.4 *Valoración de la declaración del testigo protegido en el acto del juicio oral*

El artículo 741 párr. 1 de la LECrim permite al juzgador la apreciación “según su conciencia de las pruebas practicadas en el juicio” (principio de libre apreciación de la prueba). En la valoración de la prueba testifical juega un papel importantísimo la credibilidad del testigo, que se ve afectada cuando éste declara con miedo e con temor a represalias. En relación con la credibilidad del testigo pueden distinguirse los siguientes aspectos: A) Las características del testigo y las circunstancias en que se encuentra (v. gr. miedo, temor, etc.). B) La relación del testigo con el supuesto autor de los hechos a enjuiciar. C) Las circunstancias que concurren en los hechos

a enjuiciar y la relación del testigo con esas circunstancias. D) El desarrollo de la declaración del testigo en el acto del juicio oral bajo las garantías de inmediación y de contradicción.

No debe olvidarse una circunstancia en relación con la credibilidad del testigo y su protección en el proceso penal: el hecho de que el testigo haya sido mero espectador de los hechos a enjuiciar o bien víctima de los mismos.²² No hay razón para pensar que quien es víctima de un delito haya de tener necesariamente más miedo a declarar que quien es mero espectador; sin embargo puede ser más reticente a declarar quien es mero espectador que quien es víctima, en cuanto el primero ha de vencer el miedo por algo en lo que no tiene interés alguno y por esto mismo su declaración puede tener más valor. En relación con esa valoración por parte del Tribunal de la credibilidad del testigo, las garantías de inmediación y de contradicción se relevan de gran importancia. Pero tampoco es creíble el testigo por el hecho de que se respeten esas garantías. El punto de máxima tensión se encuentra entre el derecho del inculcado a un proceso con todas las garantías y el derecho-deber del testigo a declarar sin la presión de temores y miedos. Pues bien, cuando para proteger al testigo se limitan las garantías del juicio, esto no constituye necesariamente una indefensión; es decir, que si la defensa alega limitación de las garantías que han de presidir el proceso precisamente por la protección de la que es objeto el testigo, habrá de ser capaz de mostrar al Tribunal en qué aspectos habrán de ser perjudicadas sus posibilidades de defensa.²³ No obstante el legislador español ha entendido, de conformidad con la juris-

(22) El testimonio de la víctima-testigo se valora libremente por el Tribunal; véase STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 4321.

(23) En este sentido véase STS de 24 de junio de 1997, Ar. 4973; por el hecho de que no se pueda ver al testigo mientras declara, no resulta necesariamente perjudicada la defensa (FJ 2).

prudencia del TEDH,²⁴ que se ha de facilitar la identificación del testigo en el juicio oral (véase artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP) en favor del derecho de defensa que se vería perjudicado en caso contrario, pues de esta manera se permite alegar y probar aquellas razones por las que se entienda que el testigo no es creíble, ya sea por enemistad, parcialidad, interés, etc.

3 La protección del testigo en el actual proceso penal español

3.1 El testigo-víctima

En primer lugar, en el campo de la protección del testigo, se puede distinguir entre el testigo y el testigo-víctima.²⁵ La declaración de la víctima en el juicio oral se considera como prueba testifical.²⁶

Desde el punto de vista técnico-jurídico el término testigo-víctima suscita algunas cuestiones tanto de orden material (compárense los artículos 456 del CP, de aplicación a la víctima-testigo que acusara falsamente, y 458 de aplicación al falso testimonio) como formal (pues resulta que si se considera que el testigo tiene la condición jurídica de tercero en el proceso, entonces la víctima que sólo denuncie y no se persone podrá ser considerada como testigo al no ser "parte", mientras que la víctima que se querelle, no podrá ser considerada como testigo, al constituirse en "parte").²⁷ La víctima-testigo de

cargo puede ser el principal testigo de la acusación y sobre la misma pesa un deber de colaboración que la propia CE recoge expresamente en su artículo 118. Pues bien, este deber de colaboración colisiona con la reticencia de muchos a testificar por miedo o temor a represalias. Es de destacar que la LECrim sitúa como "primeras diligencias" y encabezando su artículo 13 "las de dar protección a los perjudicados". No parece haber inconveniente en entender que este precepto permite adoptar medidas no sólo de carácter cautelar sino también de protección a quien sea víctima de un delito. Pero en la doctrina española se ha sostenido una interpretación restrictiva de las medidas a adoptar en la instrucción de conformidad con este artículo.

3.2 Ámbito de aplicación de la LDPTP

Es importante advertir previamente del actual "caos legislativo" existente en España en materia procesal penal debido no ya a los múltiples tipos procedimentales sino al hecho de estar inspirados en principios distintos. La LDPTP es de aplicación tanto a los testigos como a los peritos que "intervengan en procesos penales" (artículo 1). De aquí se deduce que la LDPTP es de aplicación a todo "tipo de procedimiento penal" y por tanto a los siguientes: "juicio de faltas" (artículos 962 y sigs. de la LECrim), procedimiento abreviado (artículos 779 y sigs. de la LECrim), procedimiento común ordinario para delitos graves (artículos 250 y sigs. de la LECrim), procedimiento de menores (LO 4/1992 de 5 de junio reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; no parece haber inconveniente para que también aquí se adopten medidas de protección del testigo; véase artículo 15.13 de la ley), procedimiento ante el Tribunal

(24) Véase por ejemplo STEDH de 20 de noviembre 1989, *BJC* núm. 136.

(25) Téngase en cuenta también el artículo 13 de la LECrim a efectos de la protección de la víctima y las múltiples posibilidades que ofrece.

(26) Así la STC 229/91 de 28 de noviembre, *BJC* núm. 129.

(27) En España es muy frecuente la utilización del término "parte" en el proceso penal. Aquí se pone de manifiesto la inadecuación de mantener esta terminología. Véase

más ampliamente Kleinknecht/Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung*, 41 Ed. C. H. Beck, München, 1993, n. mg. 9.

del Jurado (LO 5/1995 de 22 de mayo), procedimiento militar de la LO 2/1989 de 13 de abril, y procedimiento especial cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes (artículos 750 y sigs. de la LECrim). Dependiendo del "tipo de procedimiento" en el que nos encontremos son de destacar algunas especialidades para la protección de testigos: como regla general y para la fase de instrucción corresponde al Juez de Instrucción la adopción de medidas de protección del testigo (véase artículo 2 párr. 1 de la LDPTP); sin embargo, para el procedimiento abreviado y teniendo en cuenta la posibilidad prevista en el artículo 785 bis 1 párr. 1 de la LECrim de que el Ministerio Fiscal practique él mismo u ordene "a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes del mismo...", parece que no hay inconveniente en interpretar que sea el propio Ministerio Fiscal quien adopte aquellas medidas de protección que sirvan para ocultar la identidad en cuanto que la ley también le faculta para "hacer comparecer ante sí a cualquier persona... a fin de recibirle declaración..." (artículo 785 bis 2 de la LECrim).

Por otro lado, según la letra de la ley, esta protección sólo se concreta en la persona del testigo (o del perito, artículo 1.1 de la LDPTP) y no por ejemplo en la de sus familiares (comp. artículo 1.2 de la LDPTP), pues una cosa es que se aprecie por ejemplo un peligro para el cónyuge de quien ha de declarar como testigo, y otra cosa es que esta ley sea de aplicación para proteger a dicho cónyuge. Sí que puede hablarse de una protección indirecta en el sentido de que proteger al testigo puede servir en principio de protección a esas personas relacionadas con él, pero estrictamente la ley no les es de aplicación a estos últimos. Tampoco la ley extiende la protección a los abogados y procuradores. Se echa en falta una ley para la

protección de los miembros del Jurado, a quienes no les es exigible la "heroicidad" de sacrificarse por una profesión que no es la suya.²⁸ Con todo, los hay que han escrito a favor de aplicar a los jurados por "analogía" determinadas medidas de protección de la LDPTP.²⁹

Desde otro punto de vista, ¿por qué la protección de testigos y peritos se limita al menos en España sólo al proceso penal? ¿Acaso no es verdad que también en otros procesos (civil, etc.) puede ser igualmente necesario proteger a los testigos?

3.3 *La apreciación racional de peligro grave*

Una de las exigencias para la aplicación de las medidas previstas en esta ley de protección de testigos y peritos consiste en la "apreciación racional de un peligro grave" (cf. artículo 1.2 de la LDPTP) por la autoridad judicial, para la persona, libertad o bienes del testigo o perito "que pretenda ampararse en ella (en la ley)" (artículo 1.2 de la LDPTP). Cuando la ley habla de peligro grave para la persona se puede interpretar que este peligro se refiere a su vida, integridad física o moral. Ese peligro grave puede referirse también al cónyuge del testigo (o persona con análoga relación de afectividad) o a sus ascendientes, descendientes o hermanos (cf. artículo 1.2 de la LDPTP). El artículo 2 de la LDPTP se refiere sin embargo indistintamente al "riesgo o peligro" cuando lo cierto es que son dos conceptos distintos en cuanto que el peligro expresa un mal más inmediato que el riesgo, esto es, mientras el peligro expresa un mal

(28) Recuérdese por ejemplo el veredicto de inculpabilidad a favor de un acusado de doble asesinato del Tribunal del Jurado de la provincia de Guipúzcoa de 6 de marzo de 1997, comúnmente conocido como caso Otegui.

(29) Así Fairén Guillén, V. *El miedo de los jurados*. La Ley 3/1997, pág. 1674.

muy probable, el riesgo comprende diversos grados de mera probabilidad.

Entendemos con todo respeto que aquí el legislador español no debía de haber establecido una especie de *numerus clausus* respecto a las personas relacionadas con el testigo o perito que puedan sufrir un "peligro grave". Y entendemos que sería deseable ampliar dicho círculo de personas en cuanto que es claro que un testigo puede ser reticente a declarar por ejemplo por el temor a represalias contra un amigo suyo, supuesto que no sólo no contempla la ley sino que parece excluir según la letra del artículo 1.2 de la LDPTP.³⁰

3.4 *Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP*

3.4.1 *Tiempo de adopción de las medidas de protección*

Las medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP se pueden adoptar en principio tanto en la fase de instrucción (artículo 2) como en la fase de juicio oral (artículo 4), así como posteriormente si se mantiene la circunstancia de peligro (artículo 3.2).

3.4.2 *Medidas de protección del testigo en particular*

La LECrim no contiene ningún precepto expreso sobre la protección del testigo en el proceso penal, por lo que su estudio se limita a la LDPTP. De ello se infiere que con anterioridad a la promulgación de dicha ley no existía la posibilidad legal de proteger a los testigos frente a las amenazas o miedos a represalias por

parte del acusado o de bandas criminales. No obstante puede verse cierta forma de protección en la limitación de la publicidad del juicio, cuando se celebra a puerta cerrada.³¹ Aunque la LDPTP se refiere expresamente a determinadas medidas de protección (véanse artículos 2 y 3) entendemos que no establece un *numerus clausus* por las siguientes razones: en primer lugar porque el artículo 2 párr. 1 dice expresamente "pudiendo adoptar", sin excluir otras distintas de las que menciona, y a su vez el artículo 4.1 recoge la expresión "adopción de otras nuevas" sin especificar cuáles. En segundo lugar porque las que contempla expresamente el artículo 2 de la LDPTP para la fase de instrucción permiten una interpretación amplia, y así se habla de utilizar "cualquier procedimiento" (artículo 2 b) de la LDPTP). En tercer lugar porque si se quiere lograr una efectiva protección del testigo no es aconsejable una ley que establezca taxativamente las medidas de protección a adoptar, sino que es necesario dejar cierto margen para su adopción. En cuarto lugar porque el artículo 4.1 de la LDPTP se refiere a que el órgano competente para el enjuiciamiento podrá "mantener, modificar o suprimir" las medidas de protección adoptadas por el Juez de Instrucción, obviando la referencia a las medidas expresamente previstas en la ley.

3.4.2.1 Las particulares medidas de protección del testigo previstas por la LDPTP para la fase de instrucción – El artículo 2 de la LDPTP se refiere a las medidas de protección del testigo a acordar por el Juez de Instrucción, pero se debe tener en cuenta también el artículo 3.2 de la misma ley según el cual es posible "para todo el proceso" brindar al testigo *protección policial*. Pues bien, estas medidas se acordarán por el Juez de Instrucción por medio de auto (cf. artículo 2

⁽³⁰⁾ Relaciónese ese peligro grave de la LDPTP con la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales que "se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave" (artículo 238.2 de la LOPJ).

⁽³¹⁾ Véase artículo 680 párr. 2 de la LECrim.

párr. 1 de la LDPTP) recurrible en reforma y queja (según el artículo 787.1 fr. 1 de la LECrim, pues aquí la LDPTP guarda absoluto silencio). Los límites legales para la adopción de las medidas de protección expresamente previstas por la LDPTP en esta fase del proceso se pueden resumir en tres: la apreciación racional de un peligro grave (artículo 1.2), la necesidad de las medidas a adoptar (artículo 2 párr.1) y que no se perjudique la "contradicción que asiste a la defensa del procesado" (artículo 2 párr. 1 de la LDPTP). Compárese no obstante con lo previsto en el artículo 4.3 de la LDPTP para la fase de juicio oral al decir que el juzgador "deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos". Todas las medidas expresamente previstas en el artículo 2 de la LDPTP están dirigidas a preservar la identificación del testigo (o del perito) como si ésta fuera la única forma de protegerle. Así se refieren expresamente a la "identificación" los artículos 2 a) y b) de la LDPTP mientras que la referencia del artículo 2 c) al domicilio debe entenderse como una forma indirecta de preservar la identificación del testigo. Resulta sin embargo que puede ser necesario proteger al testigo en esta fase cuando se ha dado a conocer su identidad por los motivos que fuere, por ejemplo porque el Juez de Instrucción ha permitido inconscientemente que se le haga una pregunta que ha revelado su identidad, o por la intromisión de los medios de comunicación, etc. En estos supuestos habrá que acudir a la protección policial del artículo 3.2 de la LDPTP, prevista para todo el proceso a incluso una vez finalizado éste.

Según el artículo 2 de la LDPTP, las medidas de protección de testigos que puede adoptar el Juez de Instrucción son las siguientes:

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 ser-

vir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave". Asignar un número o una clave a un testigo requiere cuando de un registro y de un personal responsable del mismo. Hoy en día son los Secretarios judiciales quienes se están encargando de la documentación relativa a la identificación del testigo (artículo 6 b) del Reglamento del Secretariado de 28.04.1988). Por otro lado, la tarea del Juez de instrucción de proteger la identidad del testigo exige mucho celo profesional, y así por ejemplo no deberá permitir que se le hagan preguntas que puedan revelar su identidad.

B) "Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal".

Múltiples son las formas a adoptar para evitar el reconocimiento o identificación del testigo en esta fase y por ello el legislador ha dejado libertad al Juez de Instrucción para la adopción de las medidas que tenga por conveniente con el objeto de evitar su identificación. La adopción de estas medidas quedará a criterio y responsabilidad del Juez de Instrucción (véase supra en relación con el Ministerio Fiscal). La circunstancia de que concurren en el testigo especiales características, por ejemplo voz grave, gran altura, etc.) puede ser determinante para la adopción de medidas de protección especiales. Dichas medidas a adoptar pueden ir más allá de la sede judicial en cuanto que en muchos casos será necesario por ejemplo proteger el acceso del testigo al Juzgado y por otro lado no parece que deba haber inconveniente en que declare fuera de la sede judicial como medida para protegerlo.

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". Era lógico que el legislador, en el afán por preservar la identificación del

testigo, recogiera expresamente la posibilidad de ocultar las señas de su domicilio. En la práctica también aquí dependerá del celo profesional de quienes de una manera u otra intervengan, ese "hacer llegar reservadamente" las citaciones y notificaciones al testigo protegido.

Aunque la LDPTP no mencione expresamente al testigo anónimo y al testigo oculto, lo cierto es que contempla la distinción en los artículos 2 a) y 2 b) respectivamente, si se está a la STEDH de 27.09.1990³² que entiende por testigo anónimo aquel cuya identidad es desconocida por el Tribunal o por la defensa o por ambos, mientras que el testigo oculto es aquel que no es visto por el acusado.³³ Pues bien, el TEDH rechaza la condena sobre la base de testimonios anónimos por ejemplo en la sentencia de 20.11.1989³⁴ (comp. con el artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP sobre la obligación del juzgador de facilitar la identificación del testigo). No obstante la protección del testigo no sólo puede lograrse ocultando su identidad, sino dándole una identidad falsa, supuesto que no contempla la LDPTP (comp. artículo 2 a). Es más, puede ocurrir que el imputado conociera al testigo por su identidad falsa y no por la real,³⁵ supuesto que tampoco contempla la ley. Asimismo tampoco la LDPTP se refiere a la figura del infiltrado y su posible utilización como testigo, a lo que no ha sido ajena la jurisprudencia del TS que se ha pronunciado reconociendo que es en el acto del juicio oral donde la prueba testifical ha de culminar con objeto de que los jueces valoren las manifestaciones del confidente infiltrado.³⁶

3.4.2.2 Las particulares medidas de protección del testigo previstas en la LDPTP para la fase de juicio oral – En esta fase procesal es de aplicación el artículo 4 de la LDPTP por el órgano encargado de juzgar los hechos (sea unipersonal o colegiado) debe pronunciarse sobre el mantenimiento, supresión o modificación de aquellas medidas de protección del testigo adoptadas por el Juez de Instrucción. A continuación el mencionado artículo deja una cláusula abierta para la adopción de otras medidas de protección del testigo ("otras nuevas" según el artículo 4.1 de la LDPTP) a lo que nos hemos referido anteriormente para defender la afirmación del no establecimiento por el legislador español de un *numerus clausus* de medidas (véase supra IV 2). Ahora bien, para esa adopción de otras medidas nuevas, exige la ley la previa ponderación de "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos...". Pero, ¿por qué el legislador español deja una cláusula abierta para la adopción de medidas de protección del testigo en la fase de juicio oral, y en la fase de instrucción hace referencia a determinadas medidas? Partiendo de que se trata de medidas excepcionales, puede entenderse que el legislador español ha querido dar un amplio margen al juzgador para la adopción de medidas de protección del testigo, sabedor de las múltiples y variadas circunstancias que pueden darse en cada caso en concreto. Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina española existen supuestos discutibles, como el caso de la validez de la prueba testifical en ausencia del acusado en el acto del juicio oral.³⁷ Una interpretación integradora de la nueva LDPTP debe permitir que se practi-

(32) BJC núm. 152.

(33) Véase artículo 229.2 de la LOPJ, STC 64/1994 de 28 de febrero, BJC núm. 155, STS de 14 de febrero de 1995, Ar. 757.

(34) BJC núm. 136/137.

(35) Véase STS de 11 de junio de 1997, Ar. 4677.

(36) Así la sentencia de 14 de febrero de 1995, Ar. 818.

(37) Véase SSTs de 30 de febrero de 1989 (Ar. 1609), de 17 de septiembre de 1990 (Ar. 7167), y de 8 de mayo de 1991 (Ar. 3597), que rechazan la validez de la prueba testifical en el acto del juicio oral cuando esté ausente el acusado.

que la prueba testifical sin que esté presente el acusado en el acto del juicio oral, aunque sólo si se entiende que esto es absolutamente necesario para proteger al testigo, por lo que nos permitimos afirmar que será un supuesto muy excepcional ya que cabe proteger al testigo con otros medios sin necesidad de que el acusado se ausente, y así son varios los supuestos en los que se han adoptado diferentes medidas, dirigidas a que el acusado no vea.³⁸ o incluso no escuche al testigo.³⁹

Otra cuestión se suscita en relación con el momento procesal en el que el juzgador debe pronunciarse sobre las medidas adoptadas por el Juez de Instrucción, a lo que responde el artículo 4.1 de la LDPTP diciendo que cuando reciba las actuaciones. Y asimismo establece dicho artículo que en este momento se pronunciará sobre la adopción de “otras nuevas” (medidas), a lo que nos permitimos contestar que no debe de haber inconveniente en hacerlo en otro momento procesal cuando las circunstancias del caso lo exijan. Incluso debe poder pronunciarse habiéndolo hecho ya anteriormente.

3.4.2.3 La obligación del juzgador de facilitar la identidad del testigo – En relación con las medidas de protección del testigo, la fase de juicio oral se distingue principalmente de la fase de instrucción en la obligación (“deberá”, artículo 4.3 de la LDPTP) del juzgador de facilitar el nombre y los apellidos del testigo cuando lo soliciten cualquiera de las “partes” (artículo 4.3 LDPTP) y su declaración sea estimada “pertinente”. Esto quiere decir que un motivo legal en el que basar la negativa a facilitar la identidad del testigo se encuentra en la falta de “pertinencia” de su declaración, que en la práctica admite un amplio margen de apreciación. Dada la obligación que tiene el juzgador

de facilitar la identidad del testigo, puede ser oportuno adoptar la medida de *protección policial* a la que se refiere el artículo 3.2 de la ley, y que se condiciona a que sea solicitada a instancia del Ministerio Fiscal (además de que concurra la circunstancia de peligro grave).

Resulta que este artículo 4.3 de la LDPTP obedece a la necesidad de garantizar el derecho de defensa, que se vería perjudicado cuando por no conocerse la identidad del testigo dicha defensa no pudiera alegar ni probar su falta de credibilidad. Pero entonces, ¿qué sentido tiene preservar la identidad del testigo en la instrucción si luego, justo antes del acto del juicio oral, se da a conocer su identidad? Aunque se interprete que esta posibilidad de conocer la identidad del testigo sólo va dirigida a “la parte” que lo solicite y por lo tanto permanezca sin identificar respecto a los demás, há de reconocerse que su identificación puede poner en peligro al testigo y por lo tanto será oportuno que el juzgador pondere “A instancia del Ministerio Fiscal” (artículo 3.2 fr. 1 de la LDPTP) la necesidad de brindarle *protección policial*. Vemos aquí que el legislador ha querido primar el derecho de defensa sobre la protección del testigo, y es que no le quedaba más remedio que optar por una u otra posibilidad. De todos modos la letra del artículo 4.3 párr. 1 de la LDPTP al decir “si cualquiera de las partes solicitase... el conocimiento de la identidad...” del testigo, permite interpretar que estamos ante un derecho renunciable y por tanto que por el hecho de renunciar a conocer la identidad del testigo de cargo no se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ni tampoco el derecho de defensa. Por otro lado, otra de las dificultades que plantea la obligación de facilitar la identidad del testigo es la confianza que éste deposita en la ocultación de su identidad y que se ve frustrada cuando en la fase de juicio oral se da a conocer. ¿Acaso no serán reticentes también los testigos a de-

⁽³⁸⁾ Así STS de 8 de julio de 1994, Ar. 6283.

⁽³⁹⁾ Así STC 64/1994 de 28 de febrero, BJC núm. 155.

clarar cuando sepan que en la fase de juicio oral el juzgador está obligado a facilitar su identidad?

3.4.2.4 Otras medidas de protección de la LDPTP – Otras medidas de protección del testigo a que se refiere la LDPTP se encuentran recogidas en los artículos 3.1 y 3.2 de la misma, referido el primero a la prohibición de tomar imágenes del testigo y la retirada del material fotográfico o de cualquier otro tipo para preservar su identidad⁴⁰. Por su parte el artículo 3.2 de la LDPTP, además de la protección policial prevé otra serie de medidas que referidas al testigo pueden concretarse en las siguientes: documentos de nueva identidad, es decir, nuevo Documento Nacional de Identidad y nuevo pasaporte, y ayudas económicas para cambiar de residencia o lugar de trabajo. En la última frase del artículo 3.2 de la

LDPTP parece que el legislador ha querido explicar el contenido de esa protección policial “a instancia del testigo” cuando dice que “podrán solicitar (los testigos y peritos) ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo en el que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado”. Por un lado señalar que si bien el legislador contempla expresamente medidas de protección del testigo, ello no significa que cierre la puerta a otro tipo de medidas que puedan adoptarse precisamente para su mejor protección. Por otro lado, debe mencionarse un grave inconveniente que consiste en la falta de medios de la Justicia española para dar cumplimiento a estas previsiones legales sobre protección de testigos en el proceso penal.

⁽⁴⁰⁾ Téngase en cuenta el artículo 20 de la CE sobre el derecho a la propia imagen y información, el artículo 18 de la CE sobre el derecho a la propia imagen y el artículo 20 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.