

Vanessa Pérez López

**“LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.
ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL CONFIDENTE.”**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por la Dra. Núria Torres Rosell

Grado de Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

ÍNDICE

Introducción	4
Abreviaturas	6
CAPÍTULO I: Marco legal de la figura del testigo protegido y del perito.	8
1. Marco legal internacional	8
2. Marco legal estatal	13
CAPÍTULO II: Ámbito subjetivo de protección de testigos y peritos en la legislación española.	20
1. Los testigos directos o presenciales	23
2. Los testigos de referencia.....	24
3. La víctima del delito	26
4. La posible protección del coimputado	28
5. El arrepentido.....	30
6. Los allegados del testigo o perito.....	31
7. El agente encubierto.....	33
CAPÍTULO III: Medidas protectoras previstas en la LO 19/1994	36
1. Medidas de protección adoptadas durante la fase de instrucción	36
A. Medidas protectoras de la identidad del testigo o perito.....	36
B. Medidas complementarias de protección.....	39
2. Medidas de protección acordadas durante el juicio oral	40
A. Testigo oculto	42
B. Testigo anónimo	46
CAPÍTULO IV: El confidente	50
1. Concepto de confidente.....	50
2. Procedimiento del contacto policial con el confidente	52
A. Motivación de la colaboración del confidente	53
B. Habitualidad y eficacia de la colaboración del confidente.....	54
3. Tipos delictuales por los que se requiere la colaboración de confidentes.....	55
4. Medios alternativos de investigación.....	56
5. Medidas de protección del confidente	58
6. Cambios en el trato con los confidentes.....	62
7. Intervención del confidente en el proceso penal.....	66
CAPÍTULO V: Valoración de la LO 19/1994	68
Consideraciones finales	74

Legislación.....	76
Jurisprudencia	77
Bibliografía.....	80
ANEXO I.....	84
ANEXO II.....	90

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el marco legal de la figura del testigo protegido, estudiando las necesidades de protección de este sujeto y relacionando estas necesidades con la eficacia de las medidas legislativas adoptadas. De este modo, se intentará hacer una valoración de la efectividad de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales. En la medida en que esta Ley incluye también entre los sujetos a quienes dispensa protección al perito éste también será objeto del estudio. Para tal finalidad, cabe realizar un análisis que permita delimitar el concepto de «testigo», aclarando qué sujetos pueden incluirse en el mismo y cuáles son las medidas de protección que se les aplican para garantizar su seguridad e incolumidad. En esta línea, se ha considerado hacer mención especial a la figura del confidente, en tanto que posible sujeto susceptible de amparo legal, pero que en ningún caso se ha tenido en cuenta por la doctrina ni la jurisprudencia como sujeto a quien dispensar la protección que contempla la LO 19/1994.

Para llevar a cabo el objetivo del trabajo, éste ha sido estructurado en varios capítulos. Exactamente se han dividido los apartados analizados en cinco capítulos:

En el CAPÍTULO I se ha establecido un marco legal tanto internacional como estatal para la protección de testigos, nombrando así los antecedentes que llevaron al legislador estatal a dictar una norma específica. De este modo, este capítulo consiste en un análisis normativo de las siguientes normas:

En ámbito internacional se han nombrado desde Resoluciones de Naciones Unidas hasta Tratados Internacionales y Directivas, concretando en el contenido de algunas de ellas, ya que desde 1985 han tenido en consideración la necesidad de proteger a las víctimas y testigos en situación de peligro.

Por lo que respecta al nivel estatal, se hace hincapié en el objetivo por el cual se dictó la LO 19/1994. Si bien, teniendo en cuenta la antigüedad del Texto Legal ha sido necesario hacer mención a leyes estatales más recientes en la medida que han tenido en cuenta la protección de testigos y peritos, para así comparar la necesaria y eficaz protección que se otorga a estos sujetos en los diversos textos legales.

En los CAPÍTULOS II y III se hace un análisis del articulado de la LO 19/1994, concretando de un lado el ámbito subjetivo y por otro desarrollando las medidas de

protección que la ley prevé. Para la realización de estos dos capítulos se ha hecho un análisis doctrinal y jurisprudencial y así se ha determinado qué sujetos pueden considerarse testigos o peritos a efectos de aplicación de las medidas protectoras en atención al concepto de estas figuras, y se han nombrado qué tipo de medidas pueden adoptarse y en qué momento del proceso penal, entrando a valorar los derechos e intereses en conflicto del testigo y del acusado como consecuencia de la aplicación de las mismas.

Estudio distinto es el que se ha realizado para el CAPÍTULO IV del trabajo. Este capítulo, titulado «El confidente» se ha desarrollado siguiendo el método empírico. Así, a través de la realización de entrevistas a agentes de diversos Cuerpos Policiales estatales y gracias a su colaboración, se ha podido elaborar un marco teórico de esta figura determinando en qué consiste, cuál es su función y finalidad y qué relación tiene con los agentes policiales. De la información extraída se ha podido delimitar su caracterización así como valorar la posible exigencia de una regulación legal propia de esta figura para conseguir una mayor salvaguarda de quienes intervengan en la relación.

Por último, el CAPÍTULO V consiste en una valoración crítica de la adecuación de la LO 19/1994. Además, en este capítulo se ha tenido muy en cuenta la jurisprudencia existente al respecto, la cual ha colaborado en la manifestación de la deficiencia práctica de la regulación legal.

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	‘compárese’
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
DO	Diario Oficial de la UE
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamentos jurídicos; fundamentos de derecho.
<i>Ib.</i>	<i>Ibídem</i>
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 17 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
NNUU	Naciones Unidas
Pág.	Página
Pár.	Párrafo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Véase

CAPÍTULO I: Marco legal de la figura del testigo protegido y del perito.

1. Marco legal internacional

A lo largo de todo el trabajo vamos a tener presente el propósito de protección de testigos y peritos, propósito que como veremos ha sido admitido desde sus inicios por el TEDH.

En este sentido, y procediendo a un estudio cronológico de la normativa que ha dado lugar a la necesidad de regular la protección a testigos y peritos y a la legislación vigente en España, puede decirse que la importancia de esta protección fue destacada en la Resolución 40/34 de Naciones Unidas, de noviembre de 1985, reconociéndose que las «víctimas de delitos [...], los testigos y otras personas que les prestan ayuda están expuestos injustamente a pérdidas, daños y perjuicios», y por ello se afirmó la «necesidad de que se adoptaran medidas nacionales e internacionales para garantizar el reconocimiento y respeto universales y efectivos de los derechos» de estos sujetos.

También se nombra esta necesidad de protección en la Convención contra la Tortura, ratificada por España y publicado en el BOE de 9 de noviembre de 1987¹. El art. 13 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, establece la necesidad de que el Estado adopte las medidas precisas «para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra los malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado». Si bien, la finalidad de esta Convención es la de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ya hace mención al propósito de proteger a aquellos testigos que presenten su testimonio.

En la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las NNUU, concerniente a la antigua Yugoslavia, se lleva a cabo la aprobación de las reglas sobre la protección de víctimas y testigos en los arts. 15 y 20, mientras que el art. 22 se dedica únicamente a dicha protección. Además en diversas Recomendaciones del

¹ M^a del Pilar Martín Ríos considera esta Convención como la norma precedente a la LO 19/1994. *Vid. MARTÍN RÍOS, M^a. P «Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal», *Atelier*, 2012, I, pág. 325.*

Consejo de Europa, también se reconoce este propósito que se ha mencionado al principio de protección de testigos y peritos, admitido como se ha dicho por el TEDH².

Asimismo, el art. 68.1 del Estatuto de Roma de la CPI dispone que se deban adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada, tanto de las víctimas como de los testigos que comparezcan ante la Corte, y de sus familias³. Entre estas medidas se destacan, por ejemplo, las siguientes: por un lado el Fiscal, que será quien adoptará dichas medidas, podrá no prestar hasta el juicio las pruebas y demás información, sino sólo un resumen de ellas, si la divulgación de éstas genera un grave peligro para la seguridad de algún testigo o de su familia⁴. De este modo lo expresa el apartado 5º del mismo artículo 68 del Estatuto de Roma. Por otro lado y en la misma línea de protección a los testigos, en el art. 43.6 del Estatuto se establece que el Secretario creará una Dependencia de Víctimas y Testigos⁵ dentro de la Fiscalía donde se les prestará asistencia, asesoramiento e información necesaria, así como a sus familiares y otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. De igual manera, el art. 64.2 dispone que la Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se tenga en cuenta la protección de las víctimas y testigos. El art. 64.6c) del Estatuto establece que la Sala podrá adoptar medidas de protección para dichos sujetos antes y durante del juicio y el art. 57.3c) contempla que la Sala de Cuestiones Preliminares asegure la intimidad de víctimas y testigos.

En el ámbito de la Unión Europea se encuentran en vigor un listado de directivas que tratan, de igual forma que las anteriores normativas mencionadas, la protección de la víctima del delito. Si bien, no existe ninguna que regule en su esencia la necesaria protección al testigo o perito a la que hacemos referencia.

² Vid. Recomendación núm. R (85) 11, así como la Resolución del Consejo de la UE de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional. Cfr., también, la Recomendación (2005) 9, de 20 de abril de 2005, sobre protección de testigos colaboradores con la Justicia.

³ Hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

⁴ “Garantías de justicia a las víctimas”. Folleto 6 de la Corte Penal Internacional; *Amnistía Internacional*.

⁵ Vid. GARCÍA SAN JOSÉ, D., «El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 58. 2006-1, pág. 133.

La Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección contenida; la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo; la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección; y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos de apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

Como bien se expresa en el redactado de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos, teniendo como objetivo de dicha protección el salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores⁶. La presente Directiva, en virtud del art. 1, introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención del delito de trata de seres humanos y la protección a las víctimas; si bien, recalquemos que habla de “víctimas” y que la única referencia a testigos que se hace es para incitar a la participación de estas víctimas en el proceso penal. En cualquier caso, en la Directiva se prevé que es necesario que las víctimas de la trata de seres humanos puedan estar en condiciones de ejercer sus derechos de forma efectiva, y para tal fin, se les debe prestar

⁶ DO L 101 de 15.4.2011, pág. 3. Considerando (14)

asistencia y apoyo antes de que empiece el proceso penal, en el transcurso del mismo, y durante un periodo de tiempo suficiente después de finalizarlo. Esta asistencia y apoyo, considera la presente Directiva, deben incluir medidas necesarias para permitir a la víctima recuperarse y escapar de sus traficantes⁷. Los arts. 11, 12 y 15 son los preceptos en los cuales se materializan los mecanismos de protección que prevé la Directiva 2011/36/UE estableciendo la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida la asistencia psicológica, asesoramiento e información, y servicios de traducción e interpretación en su caso; además, proporcionando acceso inmediato al asesoramiento jurídico y a la representación legal. En el caso de que la víctima sean menores, el procedimiento de interrogatorio y reconocimiento de éstos es especial y adaptado a la situación.

Por otro lado, en la existente orden europea de protección, Directiva 2011/99/UE, se establece que está destinada a aplicarse a las medidas de protección destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual, o su dignidad o libertad personal, mientras que por el contrario se excluye expresamente su aplicación a las medidas adoptadas con fines de protección a testigos⁸. Lo cual nos lleva a preguntarnos dónde debemos acudir en caso de que las personas que se encuentren en situación de peligro y que por lo tanto requieran de medidas de protección sean concretamente testigos y peritos.

Otra de las Directivas a tener en cuenta por su finalidad de protección a las víctimas es la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Esta directiva se dedica en exclusiva a la protección de menores y pretende evitar la victimización secundaria así como mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas⁹. Para tal finalidad, los artículos 19 y 20 prevén medidas de asesoramiento y apoyo a las víctimas durante todo el procedimiento y una vez acabado este, además de medidas para garantizar que las autoridades competentes designen a un representante especial del menor víctima cuando lo titulares

⁷ DO L 101 de 15.4.2011, págs. 3 y 4. Considerando (18)

⁸ DO L 338 de 21.12.2011, pág. 3. Considerando (9) y (11)

⁹ DO L 335 de 17.12.2011, pag 3. Considerando (24) y pág. 7. Art. 1

de la responsabilidad parental no estén autorizados para representarlo a causa de un conflicto de intereses entre ellos y el menor, o porqué se encuentre separado de su familia. Se garantizará, de igual forma, que los menores tengan acceso sin demora al asesoramiento jurídico y a la representación legal.

Un grado de protección más amplio en el ámbito subjetivo es el que ofrece 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, en tanto que mediante esta normativa, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, entienden que los familiares de las víctimas son víctimas indirectas del delito y pueden resultar igualmente perjudicados por el mismo, y por ello también deben disfrutar de los derechos que establece esta Directiva. Se disponen de medidas que protejan la seguridad y la dignidad de las víctimas y sus familiares de la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, como las medidas cautelares o las órdenes de protección o alejamiento, con el fin de protegerlas durante el proceso penal¹⁰. En la misma línea, del artículo primero *in fine* se desprende que la finalidad de la Directiva 2012/29/UE es garantizar que las víctimas reciban la protección adecuada para que puedan participar en procesos penales, finalidad que en virtud de lo dicho previamente alcanza también a los familiares de estas víctimas de delitos. Esta protección se regula en el capítulo 4º de la presente directiva y se materializa a través del derecho a la protección, a evitar el contacto entre víctima e infractor, a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, a la protección de la intimidad... A pesar de que en esta directiva se hagan menciones a sujetos que no son propiamente las víctimas del delito, como son los familiares, también deja una laguna en lo referente a la protección de testigos y peritos, sin perjuicio de que en ocasiones la víctima deba intervenir en el proceso para dar su testimonio sobre los hechos sufridos.

Dicho esto, como vemos, a nivel europeo, en lo referente a las víctimas de delitos, existe un abanico amplio de medidas que colaboran en su protección y derecho pero no existe ninguna normativa específica que trate la protección a testigos y peritos, a pesar de que se mencione la necesidad de protección de los mismos.

¹⁰ DO L 315 de 14.11.2012, pág. 62. Consideración (52)

2. Marco legal estatal

El solicitar la intervención de un sujeto en calidad de testigo o de perito en un proceso penal conlleva exponer a estos individuos a una serie de perjuicios, algunos de los cuales de carácter material, tales como, por ejemplo, los costes de desplazamiento o el dinero dejado de percibir por ausentarse del trabajo, y otros, de carácter emocional por el temor que pueda generarles la participación en un proceso penal e incluso por el miedo de su propia seguridad. En relación con los perjuicios de carácter material o económico, estos tratan de compensarse, en el caso de los testigos, a través de la previsión en el art. 722 LECrim, mediante mecanismos de indemnización; o, por otro lado, en lo que concierne a los peritos, se prevé en el art. 465 LECrim, su derecho a reclamar «los honorarios e indemnizaciones justos, si no tuvieren, en concepto de tales peritos, retribución fija satisfecha por el Estado, por la Provincia o por el Municipio». En la misma línea, el art. 17.1 LOPJ contempla el resarcimiento de los gastos y el abono de las remuneraciones debidas a quienes presten la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso de un proceso. Pero como se ha señalado, a parte de este perjuicio material, algunos testigos experimentan el miedo a represalias, lo cual ya les ocasiona padecimientos evidentes. A veces, es tal la presión sufrida que se opta por no comparecer ante los tribunales, y es que no podemos pasar por alto el perjuicio psicológico que les puede suponer a aquellas personas que se encuentran afectadas por cualquier tipo de delito.

Tal y como lo expresa Pilar Martín Ríos, esta actitud, desde el punto de vista del esclarecimiento de un delito y de la persecución de la no impunidad de los culpables de un ilícito penal, además de suponer un evidente obstáculo para la adecuada solución de un proceso, va acompañada de la imposición de sanciones, cuya importancia dependerá del momento en que su resistencia a colaborar tenga lugar, así como de la entidad que presente tal comportamiento¹¹.

Tengamos presente que en el sistema jurídico español, hay una serie de deberes a los que todo ciudadano debe ceñirse, y por ello, si nos centramos, por ejemplo, en el hecho de no acudir al llamamiento judicial, la LECrim en su artículo 661 expresa que a los peritos y testigos citados que no comparezcan, sin concurrir causa legítima, les será

¹¹ Vid. MARTÍN RÍOS, M^a. P., «Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal», *Atelier*, 2012, I, págs. 320 a 322.

impuesta una multa que señala el art. 175.5 LECrim y que oscila entre los 200 y los 5.000€ En el referido art. 661, se indica que si, vueltos a citar, dejaran de comparecer por segunda vez, serán procesados por el delito de obstrucción a la Justicia, tipificado en el art. 463.1 CP.

Por otro lado, para el hecho de negarse a declarar, el art. 420 LECrim establece que los testigos que adoptaran esta postura, sin concurrir en ellos las exenciones que prevén los arts. 411 a 419 LECrim, incurrirán en una multa de 200 a 5.000€ y en caso de persistir en tal actitud, serán perseguidos por el delito de desobediencia grave a la autoridad, recogido en el art. 556 CP. El art. 716 LECrim se pronuncia en el mismo sentido respecto a los testigos, mientras que, por lo que se refiere a los peritos, el art. 463 LECrim dispone que el perito que no acuda injustificadamente al llamamiento del juez o se niegue a prestar el informe, incurriría también en las mismas responsabilidades que se prevén para el testigo en el propio artículo 420 LECrim.

Además, que el testigo declare en falso se tipifica en el CP en el art. 458, estableciendo penas de hasta dos años de prisión y multa de hasta seis meses. Si son los peritos los que faltan maliciosamente a la verdad en su dictamen, el art. 459 CP prevé que, además de las penas precedentes, se les inhabilite por el periodo de hasta doce años. Esta obligación de veracidad está recogida en los arts. 433 y 474 LECrim para los testigos y los peritos respectivamente.

Como vemos, existen diversas consecuencias ante la “no colaboración” con la justicia cuando ésta es requerida, pero cabe tener presente que la participación en el proceso viene impuesta, en una primera instancia, por exigencias constitucionales. Así, el art. 118 CE dispone que «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.». También el art. 17.1 LOPJ, por su parte, reitera esta idea, afirmando que «todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso», obligatoriedad que se consagrada, a su vez, en el art. 410 LECrim para testigos y art. 462 LECrim para peritos.

Son tales estas exigencias constitucionales, que la situación de peligro del testigo no es por sí misma suficiente para considerarla adecuada para justificar la ausencia del

testimonio en el acto del juicio oral¹². No se admite que, por tal circunstancia, la declaración oral sea sustituida en el juicio oral por la lectura de las declaraciones escritas, ya que no se trata de un supuesto de los recogidos en el art. 730 de la LECrim – casos de fallecimiento, cuando el testigo no puede ser hallado después de una búsqueda seria y en el supuesto de ausencia en el extranjero en el lugar en el que sea muy complicada su presencia en el juicio oral -, ni es asimilable a ninguno de ellos; por lo tanto, el testigo debe comparecer al acto del juicio oral y prestar declaración en condiciones que permitan la efectiva contradicción. Del otro modo, la lectura de las declaraciones del testigo no le conferirían a las mismas, valor probatorio alguno.

Visto esto, parece que corresponde al ordenamiento jurídico dar una respuesta adecuada a los problemas que se ocasionan a todos los testigos y peritos que deben colocarse en la situación de colaborar con la justicia, hecho que no deriva de su libre voluntad ni supone una voluntaria asunción de riesgo.

Si bien, fijándonos en lo que se ha explicado previamente, ni la LOPJ, ni la LECrim hacen efectiva ningún tipo de solución ante el peligro al que se pueden exponer éstos sujetos que han de participar en el proceso penal. A su vez, podría decirse que el CP también deja lagunas sobre el tema referido a pesar de que intenta, aunque vagamente, hacer más eficiente la colaboración del testigo y perito mediante la pena a quienes les dificulten o impidan cumplir con ésta, o a quien tratase de influir en las declaraciones de los mismos (art. 464 CP).

Por tal causa, se aprueba la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos que trata de paliar las desfavorables consecuencias que puedan derivar para ellos a resultas de su participación en el proceso¹³. La LO 19/1994 viene a suplir el déficit existente en materia de protección a estos sujetos esenciales en el curso de la investigación y proceso penal, pues de no hacerlo así, tal y como se insiste en la Exposición de Motivos de la Ley, podrían encontrarse motivos que comportasen

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El anonimato y la ocultación del testigo» *Aranzadi*, 2009, pág. 1.

¹³ BOE de 24 de diciembre.

Según la Dra. M^a Pilar Ríos, esta norma encuentra su precedente en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, ratificado por España y publicado en el BOE el 9 de noviembre de 1987, detallado en la pág. 4 del presente trabajo. *Vid.* MARTÍN RÍOS, M^a. P., «Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal», *Atelier*, 2012, I, pág. 325.

retramientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, que además perjudicaran la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y pudiera verse facilitada la impunidad de los presuntos culpables. Así pues, de conformidad con la Dra. Cristina Rodríguez Yagüe, esta ley pretende evitar que testigos y peritos se inhiban de colaborar con la Administración de Justicia por fundados temores sobre las consecuencias que su declaración puede reportarles a ellos o a sus allegados¹⁴.

En cuanto al objetivo de la presente Ley es hacer posible 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. Por ello, a través de las medidas de protección que la LO 19/1994 prevé y que con posterioridad se van a explicar, se pretende facilitar y proteger el deber de colaboración con la Justicia, y con ello, la seguridad del proceso penal.

Parece interesante añadir que algún autor – es el caso de Olga Fuentes Soriano¹⁵ –, se pronuncia a favor de la restricción del ámbito de aplicación de esta Ley a determinadas formas de criminalidad, como el terrorismo y el tráfico de drogas. A mi entender, la LO 19/1994 es de aplicación a todo tipo de causas criminales puesto que el riesgo que puede correr cualquier perjudicado por un delito, puede sufrirlo sea cual fuere el ilícito penal cometido. Si bien, es cierto que ciertos tipos de delitos tienen consecuencias más graves, pero no por ello debe dejarse de lado a las personas afectadas por delitos leves.

Asimismo, puede considerarse que la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de marzo de enero, de modificación de la LECrim sobre perfeccionamiento de la acción de investigación relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves, y la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECrim en materia de protección penal y procesal frente a los malos tratos familiares, también establecen mecanismos de protección a testigos.

Por un lado, mediante la LO 5/1999, se añade a la LECrim un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «agente encubierto» en el marco

¹⁴ Vid. RODRIGUEZ YAGÜE, C., «La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales», *La Ley*, 2006, pág. 27.

¹⁵ FUENTES SORIANO, O.: «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho procesal* nº 1, de 1996, pág. 137 y ss.

de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada», regulando el procedimiento para la adecuada adaptación del mismo, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la LO 19/1994, respecto a testigos y peritos en causas criminales¹⁶.

Por otro lado, la LO 14/1999, establece una modificación en los arts. 13 y 109 de la LECrim, entre otros, e introduce un nuevo artículo 544 bis, los cuales persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima de conductas delictivas consistentes en malos tratos, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre agresor y víctima. En cuanto a esta consideración, creo oportuno añadir que podría entenderse como un mecanismo de protección a testigos si interpretamos que la víctima es un sujeto que tiene cabida dentro del concepto «testigo» y por lo tanto a la cual le es aplicable las medidas de protección que prevé la LO 19/1994.

Ambas leyes - LO 5/1999 y LO 14/1999 - introducen modificaciones en un ámbito delictivo concreto cada una de ellas, tales como la «delincuencia organizada» y los malos tratos familiares.

Si bien actualmente esta es toda la regulación legal acerca de la protección a testigos y peritos vigente en España, es importante señalar que existe una propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, mediante la cual pretenden superar las incoherencias normativas que las numerosas modificaciones de la LECrim han provocado, y por ello consideran ineludible la redacción de un Código de Proceso Penal. En la Exposición de Motivos de este Código Procesal Penal se destaca que se ha redactado con el criterio de avanzar en la

¹⁶ Artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim sobre perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves. «Se añade en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis con la siguiente redacción: “[...] 2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.”»

salvaguarda de todas las garantías del proceso penal y también en lo referido a la protección de las víctimas.

Además de las numerosas modificaciones que se pretenden introducir mediante este articulado, en la inclusión del Capítulo XV titulado «declaración de testigos y careo», se inserta un artículo relativo a testigos y peritos protegidos (art. 377)¹⁷. En el mencionado precepto se regula, con alguna pequeña modificación en la redacción, el mismo contenido que ofrece la LO 19/1994 en lo que concierne a los mecanismos de protección de estos sujetos. En este caso en concreto, podría considerarse una inútil modificación en tanto que lo único que se produce es una trasposición del contenido de la Ley específica a un artículo de lo que podría ser la nueva normativa que regule todo lo que concierne al proceso penal.

Pese a esto, este articulado inserta un Capítulo XVII que regula todo lo referente al «agente encubierto», ampliando y completando el grado de protección que prevé la LO 19/1994, de conformidad con la modificación del art. 282 bis LECrim introducida por la Ley 5/1999¹⁸.

Por otro lado, en relación con las propuestas legislativas en este ámbito, es interesante señalar también la propuesta de estatuto jurídico de la víctima: el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, aprobada por el Gobierno con fecha de 30 de octubre de 2013. Este Anteproyecto nace con el objeto de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, con la novedad de que dispondrán de ellos tanto si están personadas en una causa penal como si no. En la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, se añade que la finalidad de elaborar una LO constitutiva del Estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer una respuesta a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal.

¹⁷ Vid. Artículo 377. «Testigos y peritos protegidos», de la Propuesta de texto articulado de Ley de enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

¹⁸ Vid. Arts. 406, 407, 408, 409, 410 y 411; de la Propuesta de texto articulado de Ley de enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Vid., asimismo, el art. 384 de la misma.

Los antecedentes a esta normativa se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, substituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos de apoyo y la protección de las víctimas de delitos, nombrada inicialmente.

En cuanto al ámbito subjetivo del presente Estatuto de la Víctima del Delito, comprende a la víctima directa, y también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados; y protege especialmente a los menores con medidas específicas para ellos. Si bien, no existe remisión alguna a la protección específica de testigos y peritos. Si se prevé, por el contrario, en el art. 25 *in fine* del Anteproyecto de LO, que podrá acordarse para la protección de las víctimas, la adopción de medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la LO 19/1994.

Como vemos, a pesar de que ambas normas adquieran vigencia en un futuro, en el tema que nos concierne no otorgan ninguna novedad en tanto que no entran a regular diferentes métodos de protección ni tampoco matizan los ya existentes. Por otra parte, es importante destacar que la LO que regula la protección a testigos y peritos es del año 1994, y que han pasado exactamente 20 años desde su entrada en vigor sin que se hayan producido modificaciones de su contenido, lo cual nos hace dudar de su eficiencia práctica.

CAPÍTULO II: Ámbito subjetivo de protección de testigos y peritos en la legislación española.

En lo que atiene a las personas susceptibles de amparo por las medidas previstas para testigos y peritos de la LO 19/1994, debemos partir de lo que se establece en el artículo primero de la misma. Expresamente se prevé que «las medidas de protección [...] son aplicables a quienes en calidad de testigos y peritos intervengan en procesos penales» (art. 1.1 LO 19/1994). Por tanto, en primer lugar, se requiere que sean testigos y peritos, y además, que lo sean en un proceso penal.

«Perito» es aquella persona con conocimientos técnicos en una materia, que pone al servicio del proceso su pericia o máxima de experiencia sobre alguno o algunos extremos de importancia en la determinación del hecho de la autoría, según define Ángel González Blanco¹⁹. Podemos adoptar también como definición de «perito» la descripción que se puede sustraer de la LEC en el art. 335.1 cuando se expresa que «Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes [...]». En esta línea, perito es la persona que reuniendo los necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, valora hechos o circunstancias relevantes para el asunto de que se trate, o para adquirir certeza sobre los mismos. De una forma u otra, el concepto queda claro. Si bien, quizás la dificultad se encuentre en delimitar el concepto de testigo, pues a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil en que, como es sabido, testigo será la persona física que, sin ser parte, declara ante el órgano judicial sobre unos hechos controvertidos de los cuales tenga noticia relativos a lo que sea objeto del juicio, no resulta sencillo describir el concepto de testigo en el proceso penal²⁰. A pesar de ello, Ángel González Blanco ofrece la siguiente definición: «testigo, en sentido jurídico, es aquella persona que habiendo percibido sensorialmente hechos o datos relacionados con un hecho, declara tal conocimiento ante un juez o

¹⁹ Fiscal Antidroga de Salamanca. Vid. GONZÁLEZ BLANCO, A., «Los testigos y peritos protegidos en el orden penal», *www.asdua.es*, 2011, pág. 4.

²⁰ Vid. Arts. 360 y 361 LEC.

Tribunal»²¹. Un concepto más amplio de «testigo» es el que define Carmen Navarro Villanueva cuando expresa que podrá adquirir dicha condición cualquier persona que pueda, en virtud de lo que ha visto, de lo que ha oído o percibido, prestar su colaboración de la Administración de Justicia²². Por otro lado, la UE en la Resolución de 23 de noviembre de 1995 relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, entiende por «testigo» toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o datos considerados de interés por las autoridades competentes en las diligencias penales, y cuya divulgación pueda poner en peligro a dicha persona. Adoptando estas definiciones como válidas, la cuestión es determinar qué sujetos, que teniendo dicha condición, pueden ampararse por la LO 19/1994.

Aún así, antes de adentrarnos a determinar qué sujetos pueden ser considerados «testigo» a efectos de aplicación de la LO 19/1994, es preciso concretar el requisito que en virtud del art. 1.2 se establece para que sean de aplicación las disposiciones que prevé el Texto Legal. Expresamente se establece que será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un «peligro grave» para la persona, libertad o bienes de quién pretenda ampararse en la nombrada Ley, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos. Este precepto habla sólo de «peligro», en cambio tanto el art. 2 como la Exposición de Motivos emplean las expresiones «riesgo o peligro» indistintamente. De conformidad con el Dr. Fausto Cartagena Pastor, «riesgo» y «peligro» no tienen el mismo significado²³. Peligro expresa un mal muy probable y más inmediato que riesgo, que puede comprender desde la mera posibilidad a diversos grados de probabilidad.

Dicho esto, cabe añadir que los testigos pueden protegerse cualquiera que sea su edad, aunque para los menores se contemplan unas medidas de protección más específicas en los art. 455 y 713 de la LECrim, introducidos por la LO 14/1999, que establecen la prohibición de careos; y los art. 433, 448 y 707, en su redacción dada por

²¹ Fiscal Antidroga de Salamanca. Vid. GONZÁLEZ BLANCO, A., «Los testigos y peritos protegidos en el orden penal», *www.asdua.es*, 2011, pág. 4.

²² NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009, pág.4.

²³ CARTAGENA PASTOR, F., «Protección de testigos en causas criminales: la ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (*)» *Boletín de información, Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1758, 1995, pág. 84.

la LO 8/2006 referidos a la toma de declaración al menor a través de expertos y a la prohibición de que exista contacto visual entre el menor y el imputado o acusado, evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier modo técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba testifical²⁴. En lo referente a este tema de protección de menores testigos, existe la Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de menores víctimas y testigos, la cual tiene por objeto ponderar las necesidades y los derechos del testigo menor de edad, evitando que la producción de perjuicios que excedan de lo estrictamente indispensable, siempre partiendo del máximo respeto al derecho de defensa del acusado.

En cuanto a los agentes de policía, también pueden ser destinatarios de las medidas tuitivas, y así lo reconoce la STS 258/1998 de 28 de febrero de 1998 en el FJ 1º pár. 3 al afirmar que *«la Ley Orgánica 19/1994 no establece obstáculo para que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado puedan ser objeto de la protección que regula el citado texto.»* Es por ello que se permite, en virtud del art. 436 de la LECrim²⁵, que cuando declaren los agentes en el proceso penal en el ejercicio de sus funciones, se identifiquen con el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que están adscritos, y además pueden ser amparados por cualquiera de las medidas previstas en la LO 19/1994.

Por lo tanto, a pesar de que el Texto Legal sólo haga mención al testigo y perito inmerso en una causa criminal como sujetos amparados por el mismo, en virtud del análisis doctrinal y jurisprudencial realizado puede darse inclusión como sujetos a los que la LO 19/1994 dispensa de protección a los siguientes:

1. Testigos directos o presenciales
2. Testigos de referencia
3. Testigo – víctima

²⁴ Vid. STS de 5 de febrero de 2001, RJ 2001\1232.

²⁵ Art. 436 LECrim *in fine* « [...] Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito. » El párrafo primero ha sido redactado por el apartado 6 del artículo cuarto de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado («B.O.E.» 28 octubre). VIGENCIA: 28 ABRIL 2003.

4. Coimputado
5. Arrepentido
6. Allegados
7. Agente encubierto

1. Los testigos directos o presenciales

Partiendo del concepto base de testigo que ha sido definido con anterioridad, entiendo que testigos son las personas físicas que aparecen como terceros, ajenos al proceso, y que son llamados a prestar declaración sobre hechos de los cuales son conocedores y que son relevantes para la decisión judicial. En esta línea, los denominados «testigos directos» o «testigos presenciales», son aquellos que perciben el hecho de forma personal y directa. Es decir, es la persona que conoce la realidad del caso en primera mano. En esta línea, podría considerarse la víctima del delito como testigo directo o presencial en la medida en que es la persona que sufre los hechos y que, una vez inmersa en el proceso, su participación se realiza en calidad de testigo. Si bien, he considerado oportuno tratar a la víctima como sujeto susceptible de protección de forma independiente.

A pesar de que estos testigos directos sean los que, en primera persona, ven, perciben u oyen los hechos objeto de causa penal, tal condición se adquiere con el llamamiento judicial, ya sea a propuesta de las partes o de oficio durante la instrucción²⁶. De tal modo, por mucho que una persona conozca al cien por cien de los hechos que se enjuician, si ésta no es citada a comparecer por el juez o tribunal, no adquirirá la calidad de testigo.

Según señala la doctrina, la declaración del testigo directo se caracteriza por su inmediación con el hecho que se ha presenciado visual o auditivamente. En este caso, es la prueba es la prueba testifical del «testigo directo» la que mayor credibilidad puede aportar en el caso enjuiciado, y por tanto la que más en cuenta debería tener el juez o tribunal para fundamentar su decisión. Así pues, resulta obvio que los testigos directos o

²⁶ MORENO CATENA, V., «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español» *Revista Penal*, núm. 4, 1999, pág. 61.

presenciales sean susceptibles de amparo por la LO 19/1994, en tanto que son testigos en sentido estricto, es decir, son estos los que viven los hechos en primera persona.

2. Los testigos de referencia

Se tiene por «testigos de referencia», también conocidos como «testigos indirectos», a quienes, no habiendo percibido por si mismos lo que debe ser objeto de prueba testifical, han obtenido conocimiento de los hechos objeto de causa por manifestación de un tercero. Su conocimiento del hecho no proviene de su percepción sensorial inmediata, sino que conocen de los hechos por lo que otra persona les ha explicado. El testigo de referencia, una vez citado para que comparezca ante la autoridad judicial, no aporta datos derivados de su realidad vivida o presenciada, como ocurre en el caso del testigo directo, sino que informa ante el juez o tribunal sobre manifestaciones, confidencias o comentarios de quienes presenciaron efectivamente los hechos. En cuanto a esto existen discrepancias, pues hay doctrina que entiende que el testigo de referencia es el que ha escuchado la narración de unos hechos que no ha presenciado de quién efectivamente lo ha hecho –el testigo directo-, y hay quien entiende que el conocimiento de estos hechos por el testigo de referencia puede ser obtenido por manifestación de terceros, es decir, otros testigos de referencia. La jurisprudencia se decanta por la consideración del testigo de referencia como aquel testigo que conoce de los hechos a través del propio testigo directo, y es así porque de lo contrario nos encontraríamos ante una cadena interminable, y la información que se aportaría al proceso no podría considerarse veraz²⁷. Relatar versiones siempre de la misma manera es imposible, cada uno tiene una manera de expresarse y esto conlleva que la información transmitida varíe de una persona a otra. Por lo tanto, de la versión explicada por el testigo directo a la que podría llegar del testigo de referencia que ha obtenido la información por otros testigos de referencia pueden ser completamente distintas.

La LECrim sólo alude al testigo de referencia en dos artículos. Por un lado, en el art. 710, cuando establece que «los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o

²⁷ Vid. STS de 3 de octubre de 1995, RJ 1995\7589. Cfr. STS de 19 de julio de 1996, RJ 1996\5919.

con las señas que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado», y por otro, en el art. 813, en el cual se expresa que «no se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra».

A pesar de que el testimonio en cuestión viene validado legalmente como acabamos de ver, su validez probatoria está bastante cuestionada por la doctrina. Aún así, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional reconocen que la prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales pueden tener en consideración, al no ser excluida su eficacia ni validez por la Ley²⁸. Si bien, esta clase especial de prueba tiene limitaciones, tal y como expresa el TS en la sentencia de 14 de diciembre de 1992, RJ 1992\10190: «"... una cosa es la validez y posible utilización de esos testigos indirectos junto con otros elementos probatorios, o como confirmatorios de la propia declaración del testigo directo y otra su eficacia cuando se produce aquella prueba en solitario, ya que tal cosa sería aceptable, esto es, considerable como prueba de cargo, única o principal, en situaciones excepcionales de imposibilidad efectiva y real de obtener la declaración directa del testigo principal –manifestaciones previas a su muerte de la víctima de un homicidio, por ejemplo– o en supuestos de persecución de delincuencia grave y organizada, que dificulta la consecución de testigos directos.»²⁹.

Aprovechando lo que cita la mencionada sentencia *in fine*, cabe hacer mención a que, en ningún caso, el miedo a las represalias del testigo directo justifica la sustitución de éste, sin más, por el de referencia. El temor fundado debe ser combatido con cualquiera de las medidas de protección previstas pero no con una mengua de los

²⁸ Vid. STC 131/1997, de 15 de Julio. Cfr. STS de 18 de junio de 1999 «*el testimonio o declaración de testigos de referencia en los casos generales en los que es admisible por la ley, constituye una prueba directa respecto de lo que el testigo conoce, por lo que su valoración, en determinadas circunstancias, puede ser suficiente para alzar la barrera protectora de la presunción de inocencia. No se trata de un mero indicio que tiene que ser complementado con otros de carácter coincidente y de naturaleza incriminatoria, es un testimonio cuyo único problema probatorio pasa por su fiabilidad o credibilidad y por su contenido, en relación con los hechos que son objeto de enjuiciamiento*».

²⁹ Vid. asimismo, STC 217/1989, de 21 de diciembre. «...*la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues, cuando existan testigos presenciales de los hechos, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos*»

derechos del acusado, según afirma Carmen Navarro³⁰, lo cual a su vez nos da una justificación de la inclusión de este tipo de testigo en el ámbito subjetivo de aplicación de la LO 19/1994.

3. La víctima del delito

A pesar de que el testigo -sin diferenciar el directo y el de referencia- es definido como el tercero ajeno al proceso llamado a éste para que aporte el conocimiento que tenga sobre el hecho delictivo, existe acuerdo doctrinal en señalar que la declaración de la víctima en el proceso se produzca a título de testigo³¹. No cabe decir que la víctima sea un tercero ajeno al delito, y es por ello que el propio TS señaló que la víctima del delito es «*un testigo con un status especial*»³². Recordemos, en esta misma línea, que se ha expuesto la posibilidad de tratar a la víctima del delito como testigo directo, en tanto que es quien en primera persona sufre los hechos.

El testigo – víctima puede correr los mismos riesgos que cualquier otro, más incluso si cabe, ya que determinadas formas de criminalidad suelen causar perjuicios psicológicos a los sujetos pasivos que se agravan por la existencia del proceso y por la obligación de intervenir en el mismo, especialmente si ha de enfrentarse con el agresor. Estamos hablando de la víctima de un delito, y que éste en muchas ocasiones es de gran entidad. Aún así, sin tener tanto en cuenta la gravedad del hecho delictivo ni el perjuicio físico ocasionado a la víctima como el perjuicio psicológico que padece, es comprensible su temor y su inicial negativa a colaborar en el proceso penal por todo lo que éste conlleva: asistir a la celebración de un juicio; declarar ante la autoridad judicial, lo cual supone hacerle revivir los hechos y por lo tanto provocar una victimización secundaria; estar en una sala en la que se encuentra su agresor y enfrentarse a él... Por lo tanto, es imposible discrepar acerca de los riesgos y perjuicios que puede sufrir la víctima.

³⁰ NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009, pág. 7.

³¹ FERREIRO BAAONDE, X., «La víctima en el proceso penal», *La Ley*, 2005, pág. 318.

³² STS de 28 de octubre de 1992. *Vid.* También STS de 11 de julio de 1990 y STS de 18 de diciembre de 1991.

Teniendo presente lo expresado, se antoja prácticamente imposible poder pedir que la declaración de la víctima sea complemente ajustada a los hechos sucedidos y a la realidad vivida, y por ello que la autoridad judicial la considere indubitada. Por lo tanto, en cuanto a la valoración por el juzgador como prueba de cargo de la declaración de la víctima, la jurisprudencia ha destacado tres requisitos para que se pueda desvirtuar con esta testifical la presunción de inocencia del acusado. A tal efecto, los requisitos son los siguientes: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado – víctima, que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento o venganza que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando una incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada sobre bases firmes; b) la verosimilitud, dado que el testimonio – con mayor razón al tratarse de un perjudicado – debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva; y c) la persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades o contradicciones³³. En este sentido, la STS de 15 de julio de 2010 expresa que para que se den estos requisitos exigidos por la jurisprudencia, es necesario adoptar alguna medida protectora, pues de otro modo, la víctima no mantendrá lo inicialmente relatado, sino que se retractará y pondrá al tribunal en la tesitura de desestimar su testimonio por ausencia del parámetro de la verosimilitud.

Por lo tanto, de conformidad con Navarro Villanueva, mientras no se cree un mecanismo específico para proteger a la víctima en su declaración en el proceso penal, ésta debe quedar amparada por las medidas protectoras que prevé la LO 19/1994³⁴. Además, tal y como afirma Moreno Catena, las razones que llevaron a la aprobación del mencionado texto legal, le pueden ser de entera aplicación a la víctima puesto que puede correr el mismo riesgo o peligro, incluso mayor, que el testigo o el perito³⁵. Por otra parte, mediante la protección del testimonio de la víctima se cumple también uno

³³ Vid. STS de 29 de diciembre de 1997. Cfr. STS de 29 de abril de 1997.

³⁴ NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de Derecho procesal*, núm. 3-4, 2009, pág. 6.

³⁵ Vid. MORENO CATENA, V., «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», *Doctrina*, núm. 4, 1999

de los fines perseguidos por la LO 19/1994, tal como el de intentar reforzar todos los extremos que puedan resultar fundamentales para el éxito de la intervención penal. En esta línea la propia Norma relata que se podría ver «perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.»

En conclusión, la víctima del delito, de igual forma que se le atribuye la condición de testigo a la hora de realizar la práctica de la prueba testifical³⁶, debe tener cabida dentro de los sujetos amparados por la ley específica de protección a testigos y peritos.

4. La posible protección del coimputado

La figura del coimputado puede calificarse de híbrida, en tanto que se trata del imputado en un proceso penal que al mismo tiempo comparece en calidad de testigo por los hechos imputados a otros inculpados. Estos coimputados que delatan con su declaración a otro coencausado por su participación en los mismos hechos se denomina también «testigo impropio». Según Armero Villalba, uno de los mayores reproches que se le ha hecho a la LO 19/1994 es el de no definir la situación de los coimputados colaboradores con la justicia, incriminando a los demás partícipes o facilitando pruebas sobre los hechos³⁷.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 entendía que como un coimputado puede ostentar en un mismo procedimiento la doble condición, – acusado respecto de los hechos propios, y testigo respecto de los ajenos – le podían ser de aplicación las medidas protectoras. Por el contrario, la STS de 27 de octubre de 2006 afirma que «*la Ley 19/1994, de 23 de diciembre (RCL 1994, 3495) , de Protección a Testigos y a Peritos en Causas Criminales, no admite en su artículo primero otra*

³⁶ La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su articulado sólo nombra al testigo, por lo que no hace distinción entre la figura del testigo y de la víctima cuando entra a regular la práctica de la prueba. Es por ello que, a mi juicio, se le da a la víctima la consideración de testigo se haya o no personado en la causa. Vid. Sección 2ª «*Del examen de los testigos*», del Capítulo III «*Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral*», Libro Tercero de la LECrim.

³⁷ Vid. ARMERO VILLALBA, S., «Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso», Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010.

protección que la correspondiente a los testigos o a los peritos. Así, el art.1º.1 de la misma, dispone literalmente que: «las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales». No pueden arbitrarse tales medidas, de modo alguno, a los imputados, por falta de previsión legal, y porque la situación de éstos es radicalmente diferente a la de un testigo o un perito³⁸».

Como bien indica Zaragoza Aguado, el coimputado es una figura que hace suscitar dudas acerca de la fiabilidad de su testimonio³⁹. El problema está en ponderar su credibilidad, *«para lo que deberán examinarse las circunstancias de coparticipación, la personalidad de los partícipes, sus relaciones con la persona a quien imputa, la posible presencia de móviles espurios de autoexculpación...»⁴⁰*. Por lo tanto, esta circunstancia de ser coencausado constituye un dato importante a tener en cuenta por el Tribunal a la hora de valorar su credibilidad.

El TEDH por su parte, entiende que la circunstancia de que la declaración provenga de un coimputado y no de un testigo, no es importante a los efectos de la aplicación de las medidas previstas en la LO 19/1994, pues en el CEDH el término «testigo» tiene un concepto autónomo y una interpretación amplia, que incluye a los colaboradores de la justicia porque prestan un testimonio útil para la persecución penal, con independencia de la posición que ocupan en el proceso. Así, tomando como referencia el concepto de «testigo» que se desprende de la Resolución de 23 de noviembre de 1995, ya nombrado al principio de este capítulo, y de conformidad con lo que recoge el Manual de Buenas Prácticas de las Naciones Unidas, lo pertinente es la función de testigo y no su condición jurídica o la forma del testimonio.

Es obvio que no puede equipararse al testigo que declara en cumplimiento del deber de colaborar con la Administración de Justicia con quien lo hace dada su participación en los hechos que se juzgan, puesto que este último puede hallarse en la

³⁸ STS 1076/2006, de 27 de octubre de 2006, FJ 21º.

³⁹ ZARAGOZA AGUADO, J.A. «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002-1, núm.7.

⁴⁰ STS 1991/1993 de 13 de setiembre de 1993.

situación de riesgo que demanda la aplicación de las medidas de protección⁴¹. En tal caso, las medidas de protección previstas en la LO 19/1994 deben aplicarse no sólo a testigos, sino a todo aquel que pueda colaborar con la justicia, incluyendo en este caso, al coimputado, puesto que el temor a sufrir represalias de éste desanima de dar el paso a la colaboración, lo cual supone un perjuicio para la Administración de Justicia, en tanto que el silencio de estos sujetos puede suponer la impunidad de un hecho delictivo. De conformidad con Sánchez García de Paz, la previsión de una normativa adecuada de protección al coimputado que colabora con la justicia puede ser esencial para una aplicación exitosa de las normas premiales de un ordenamiento⁴².

5. El arrepentido

En virtud de lo que dispone el art. 376 del CP pár. 1º, se entiende por «arrepentido», el sujeto que abandona voluntariamente sus actividades delictivas y colabora activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

El TS se refiere al arrepentido como aquel que se desmarca de los miembros – entendiéndose que forma parte de algún tipo de organización – facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal.

La figura del arrepentido puede asemejarse a la del «coimputado», explicada previamente, y a la del «confidente», que se mencionará con posterioridad, a pesar de que puedan encontrarse diferencias entre las tres figuras. Aún así, el TS entiende que el arrepentido debe ser tratado como coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba – bien entendido que es un testigo -, y como un confidente que aporta datos fundamentales desde el momento en que empieza a actuar en función de ese

⁴¹ MORENO CATENA, V., «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», *Doctrina*, núm. 4, 1999, pág. 62.

⁴² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2007», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005, pág. 19.

arrepentimiento⁴³. Si bien, el arrepentido que acude a la autoridad policial o judicial previamente a la perpetración de un delito, y por tanto con anterioridad a que se le pueda imputar la comisión de unos hechos presuntamente ilícitos, no se puede considerar como un coimputado y en tal caso el trato también debe ser como el de un testigo. Por otro lado, el confidente, como veremos, es el sujeto que colabora con la autoridad policial y del cual se desconoce todo tipo de identificación personal por la resta de cuerpos policiales con los que no está colaborando y por la autoridad judicial, y por lo tanto no se persona ni participa en el proceso. En esta misma línea, por lo general, el arrepentido colaborará con las autoridades aportando datos relativos a unos hechos presuntamente delictivos en los cuales él ha colaborado, y en esta misma condición puede ser considerado confidente, pero de conocerse su identidad ya no puede hablarse de confidente, sino de arrepentido.

Así pues, al arrepentido que declara en un proceso en el que no es parte – debido al abandono de las actividades antes de la comisión de un delito – pueden aplicársele las medidas protectoras, en tanto que será un testigo más y debe ser tratado como tal, con independencia del valor que tenga su testimonio⁴⁴.

6. Los allegados del testigo o perito

En lo referente a los allegados del testigo o del perito amparado por alguna o algunas de las medidas de protección previstas en LO 19/1994, estos pueden ser beneficiarios indirectos de los efectos de las mismas.

Primeramente, «allegados» son el cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, los ascendientes, descendientes o hermanos; es decir, los familiares más próximos o inmediatos del testigo o perito⁴⁵.

Por otro lado, la doctrina no es unánime a la hora de interpretar si el ámbito subjetivo del Texto Legal alcanza a estos familiares que se acaban de nombrar. Las discrepancias existentes provienen de la inexactitud de la regulación de la LO 19/1994,

⁴³ STS 1140/2010 de 29 de diciembre de 2010, FJ 7º. *Vid.* Igualmente, STS 768/2010 de 15 de setiembre de 2010.

⁴⁴ ARMERO VILLALBA, S., «Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso», Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010, pág. 19

⁴⁵ Art. 1.2 LO 19/1994 *in fine*.

y si además entramos a valorar el art. 13 de la LECrim modificado por la LO 14/1999, el hecho de que no exista un acuerdo al respecto es obvio. Parece que el art.1 de la LO 19/1994 es claro al determinar que las medidas de protección que se prevén son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales. Si bien, el artículo continúa diciendo que serán de aplicación si se aprecia un peligro –o riesgo– grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, los ascendientes, descendientes o hermanos. Como vemos, apartado 2º alude a los allegados del testigo o perito y de su lectura puede interpretarse que éstos quedan fuera de ámbito subjetivo de la Ley, puesto que no se refiere el mencionado artículo a ellos como destinatarios de las medidas tuitivas, sino que contempla la posibilidad de que exista una situación de peligro grave para estos familiares inmediatos, y por lo tanto se adoptarían las medidas a favor del testigo o perito que forma parte del proceso penal.

A pesar de esto, debemos tener en cuenta lo establecido por el art. 13 de la LECrim, que determina la posibilidad de adopción por el Juez Instructor de las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis. En este precepto sí que se regula expresamente la protección de familiares y otras personas, pero las medidas que pueden adoptarse no son las reguladas por la LO 19/1994. Por lo tanto, en todo caso, a los allegados se le aplicarían las medidas de protección previstas en la LECrim – el alejamiento físico y la prohibición de comunicación entre inculpado y aquéllos – y las generales de la policía, y en cuanto a las que se acuerden a favor del testigo o perito en cuestión serán beneficiarios indirectos.

Rodríguez Yagüe y Moreno Catena entienden, por el contrario, que de la redacción del artículo primero de la Ley se puede interpretar la protección de los allegados, debiendo requerirse, junto a la relación de parentesco o análoga efectividad, la existencia cierta de un grave peligro sobre ellos así como que ésta sea consecuencia de la actividad procesal del testigo o perito⁴⁶.

⁴⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «La protección de los delatores por el ordenamiento penal español: aspectos sustantivos y materiales», *La Ley*, 2006, pág. 32. *Vid.* igualmente: MORENO CATENA., «La protección a testigos y peritos en el proceso penal español» *Revista penal*, núm. 4, 1999, pág. 64.

7. El agente encubierto

La figura del «agente encubierto» viene definida y regulada en el art. 282 bis de la LECrim. En virtud de este precepto, será agente encubierto el funcionario de la Policía Judicial que actúa bajo identidad supuesta y que puede adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. A través de esta figura, se designa a funcionarios de policía para que actúen en clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito pero únicamente cuando exista convicción acerca de una actividad delictiva consumada o que se está cometiendo y cuyo descubrimiento se pretende.

La actuación policial encubierta no estaba contemplada como tal en nuestra legislación hasta la LO 5/1999, mediante la cual se añadió el art. 282 bis LECrim. Si bien la licitud de la infiltración policial ya había sido admitida con anterioridad a la LO 5/1999 por el TC⁴⁷ y por la Sala Segunda del TS como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art. 126), la LOPJ (art. 443), la LECrim (art. 282 y ss.) y la LO 2/1986⁴⁸ (art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

El TS, en la Sentencia 1140/2010 de 29 de diciembre de 2010, expresa que *«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 y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando -supuesto de las SSTs. 25.6.2007 y 6.2.2009 - un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282*

⁴⁷ Vid. STC de 21 de febrero de 1983.

⁴⁸ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y cuerpos de Seguridad.

*bis, lo que no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior*⁴⁹.»

Mediante la redacción del art. 282 bis LECrim, se garantiza un tipo de protección adicional al agente encubierto, que permite usar en el proceso judicial la identidad supuesta con la que ha llevado la investigación. Así, se complementa el régimen de protección configurado por la LO 19/1994. De este modo, a esta figura le es de aplicación también lo previsto en el Texto Legal, pero además, según lo establecido por la LECrim, podrá mantener la identidad supuesta cuando testifique en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada. Este mantenimiento de la identidad ficticia parece necesario en tanto que difícilmente, algún miembro de la policía judicial, actuaría como agente encubierto, si no le garantizan una protección y seguridad. Montañes Pardo, por el contrario, opina que los agentes infiltrados sólo pueden declarar bajo su identidad falsa durante la instrucción pero no en la fase del juicio oral, atendiendo al art. 4.5 LO 19/1994, aunque según el art. 282 bis LECrim prevé el mantenimiento de la identidad ficticia durante esa fase⁵⁰. Puede considerarse que conocer la identidad real del agente encubierto es irrelevante para el proceso, en tanto que lo realmente trascendente es la información que este aporte como consecuencia de su actuación, por ello y desde el punto de vista de la protección ante perjuicios futuros que se le puedan acarrear, los datos identificativos del agente deben mantenerse en el anonimato.

Una cuestión adicional, que ayuda a justificar la inclusión del agente encubierto en el ámbito subjetivo de la mencionada Ley, es la referente a las dudas existentes acerca de la consideración del mismo como testigo o perito. Es decir, el agente encubierto, llegado el momento de prestar su testimonio en el juicio oral, ¿lo hace en calidad de testigo – y por lo tanto como prueba testifical – o en calidad de perito – y en tal caso como prueba pericial -? La respuesta depende la información que el sujeto aporte como prueba. Así pues, si lo que el agente encubierto aporta son datos fácticos, actuará en condición de testigo, ya sea testigo directo o personal, o bien por referencia. Por otro lado, partiendo del concepto de perito, si el agente encubierto aporta información que requiere de unos conocimientos específicos, estará actuando como

⁴⁹ STS 1140/2010 de 29 de diciembre de 2010, FJ 6º

⁵⁰ Vid. MONTAÑES PARDO, M.A., «La presunción de inocencia», Aranzadi, 1999.

perito. A esta información que aporte dicho sujeto en tal condición de perito, se le puede denominar «prueba pericial de inteligencia», que no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto el art. 456 LECrim, como el 335 LEC, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos que tienen por finalidad fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica debidamente fundada en los términos del 741 LECrim⁵¹. En esta línea, el TS sostiene que en los funcionarios policiales que elaboran los «informes de inteligencia» puede concurrir la doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos⁵².

⁵¹ Vid. STS 2084/2001 de 13 de diciembre de 2001; STS 970/1998 de 17 de julio de 1998.

⁵² STS 974/2012 de 5 de diciembre de 2012, FJ 1º. Caso Ballena Blanca.

CAPÍTULO III: Medidas protectoras previstas en la LO 19/1994

Tal y como se ha venido diciendo a lo largo del trabajo, la LO 19/1994 ante posibles riesgos y peligros para el testigo o perito, prevé que los Jueces y Tribunales puedan acordar una serie de medidas necesarias tendentes a su protección. Cabe remarcar la circunstancia que exige el art.1 del Texto Legal para que la autoridad judicial acuerde la adopción de alguna de las medidas protectoras: peligro «o riesgo» grave.

La Ley prevé diferentes medidas de protección que pueden dividirse y clasificar en dos grupos: medidas protectoras adoptadas durante la instrucción y medidas de protección adoptadas durante juicio oral.

1. Medidas de protección adoptadas durante la fase de instrucción

Iniciada la fase de instrucción de un proceso penal, el Juez instructor, una vez apreciada la concurrencia de la situación que pueda motivar la protección (peligro o riesgo grave), puede acordar cuantas medidas de protección sean necesarias, medidas que básicamente se pueden adoptar en lo relativo al secreto de la identidad del testigo, siempre sin perjuicio de la acción de contracción que asiste a la defensa del procesado. Además, la Ley prevé otras medidas protectoras complementarias que pueden considerarse medidas policiales con el mismo fin de salvaguardar la seguridad del testigo o perito.

A. Medidas protectoras de la identidad del testigo o perito

En la fase inicial de todo proceso penal existen tres clases de decisiones protectoras de los datos identificativos del testigo o perito que puede adoptar el Juez de Instrucción. De este modo, en virtud del art. 2 LO 19/1994, el Juez puede decidir:

- 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 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.*

Por lo que respecta a la ocultación de los datos de identidad del testigo y/o del perito, el apartado a) de este artículo 2 permite obviar en las diligencias cualquier dato identificativo del sujeto, lo cual supone una derogación de la norma general de identificación del testigo prevista en el art. 436 LECrim si el Juez instructor motivadamente acordara dicha medida⁵³. De adoptarse, la identidad real del testigo o perito se sustituirá por un número o clave, quedando bajo custodia del Secretario Judicial, al igual que el registro, en el que constará la correlación entre número o clave asignado y la persona concreta a que se refiere.

Podría decirse que en cierta medida, la identidad del testigo en la fase sumarial o de instrucción de un procedimiento penal se ve amparada por sí, al ser secretas sus actuaciones hasta la apertura del juicio oral, en cuyo momento todos los actos del proceso serán públicos (art. 301 LECrim y 649 LECrim *in fine*), especialmente si se declara secreto para las partes personadas (art. 302 LECrim, par. 2º). Si bien, la LO 19/1994 preserva la identidad del testigo en aras de su propia seguridad, al menos durante toda la fase de instrucción del proceso si así fuere necesario⁵⁴.

Por otro lado, en cuanto al domicilio, el CC en el art. 40 lo define como «residencia habitual de las personas naturales», de ahí que constituya un importante factor de confianza y seguridad para el testigo mantener en secreto su domicilio, lo que es posible a lo largo de todo el proceso en caso de adoptarse la medida. De esta forma,

⁵³ Vid. Art. 436 LECrim primer párrafo: «*El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, [...] Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito. [...]*»

⁵⁴ La ocultación en los sumarios del nombre de los testigos, el empleo de un pseudónimo o la evitación de la divulgación del nombre por los medios de comunicación, son medidas de protección de la identidad de los testigos que recoge el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional creado para el castigo de crímenes en la antigua Yugoslavia, por la resolución 827/93 del Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas.

los cambios de domicilio del testigo producidos hasta la citación para el juicio oral no tendrán que comunicarse al órgano enjuiciador competente (art. 447 LECrim), sino que el Tribunal citará al testigo para el juicio oral remitiendo la pertinente cédula de citación (art. 175 LECrim) al Juzgado de Instrucción. Esto enlaza con lo que establece el apartado c) del art.2 LO 19/1994, referente a la fijación la sede del órgano judicial interviniente como domicilio.

Por lo que respecta a la ocultación de la profesión y el lugar de trabajo, debemos considerar que su constancia en el proceso penal podría permitir la localización del testigo o perito. Si bien los artículos 436 y 708 LECrim establecen que el testigo debe manifestar su profesión, no el lugar de trabajo, además la indicación de la profesión ejercida no siempre permite determinar la localización del centro de trabajo. En cualquier caso, la referencia profesional puede permanecer oculta durante todo el proceso.

Al referirse el apartado a) del art. 2 de la Ley a *«cualquier otro dato que pudiera servir para determinar la identidad o identificación del testigo»*, Fausto Cartagena entiende como otros datos, la reseña del número del documento nacional de identidad o la reseña del número del carné profesional del testigo⁵⁵. Debe incluirse en este apartado cualquier tipo de documento o informe, ampliación de atestados, que pudieran sugerir datos que permitieran determinar la identidad del testigo. De ser así, el Juez estaría facultado a ocultar aquellos extremos identificadores.

Otra decisión que puede adoptar el Juez es la ocultación de identificación visual del testigo en la práctica de las diligencias. La preservación de la identidad física del testigo puede llevarse a cabo mediante la ocultación de sus rasgos, disimulo o desfiguración del rostro y demás caracteres físicos del testigo, como el empleo de capuchas, verdugos y otras prendas similares, la utilización de postizos, pelucas u otros artificios pertinentes para ocultar, desfigurar o entorpecer la visión de la faz y peculiaridades físicas de los declarantes.

⁵⁵ CARTAGENA PASTOR, F., «Protección de testigo en causas criminales: la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (*)» *Boletín de información, Ministerio de Justicia e interior*, núm. 1758, 1995.

A pesar de existir estas tres clases de medidas protectoras referentes a la ocultación de la identidad del testigo, obviar sus datos identificativos es la práctica más utilizada por nuestros Tribunales, según asegura Navarro Villanueva⁵⁶.

Como hemos visto, y tal y como expresa el propio artículo previamente mencionado, estas medidas de protección descritas son adoptadas por el Juez instructor, lo cual comporta que su duración comprenda toda esta fase inicial del proceso penal. Si bien, como veremos, no tiene porqué finalizar a la vez que la instrucción la aplicación de las medidas acordadas.

En cuanto a la forma ordinaria de proceder a dicha adopción, será mediante la apertura de una pieza reservada en la misma causa en la que consten las declaraciones del testigo sujeto a protección y sus datos de identidad, llevando a la causa principal la parte de aquellas declaraciones en la que no se aporten datos que pueden identificar al testigo, identificándolo con un simple número⁵⁷.

B. Medidas complementarias de protección

Además de las medidas de protección del testigo o perito en lo que se refiere a la ocultación de su identidad, existen también otras medidas complementarias que se pueden mantener durante todo el proceso y que están recogidas en el art. 3 de la LO 19/1994. Estas pueden denominarse, de conformidad con Cubillo López medidas policiales de protección⁵⁸.

Por un lado, tanto las autoridades policiales, el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial evitarán que se puedan fotografiar a los testigos y peritos, o se les tome su imagen por cualquier procedimiento⁵⁹.

Por su parte, el Ministerio Fiscal brindará a los testigos y peritos, en su caso, de protección policial para todo el proceso o incluso una vez finalizado éste, si existe y se

⁵⁶ NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009

⁵⁷ RODRIGUEZ YAGÜE, C. «La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales», *La Ley*, 2006.

⁵⁸ CUBILLO LÓPEZ, I.J., «La protección de testigos en el proceso penal», Civitas 2009, Navarra.

⁵⁹ *Vid.* Art. 3.1 LO 19/1994.

mantiene la circunstancia de peligro grave exigida⁶⁰. Estas medidas pueden adoptarse en cualquier momento del proceso, así se establecerá una protección específica policial en prevención de la comisión de actos delictivos, concretando la genérica función policial protectora de personas en situación de peligro por cualquier caso, y su misión de proteger el libre ejercicio de derechos y libertades⁶¹.

Para cumplir con esta protección policial, el transporte de los afectados al lugar donde deba practicarse alguna diligencia o a las dependencias judiciales podrá realizarse, a solicitud de los testigos, con vehículos oficiales y se les facilitará un local reservado y custodiado para su uso exclusivo. Con ello lo que se trata es de favorecer la asistencia de los testigos al juicio. En cualquier caso, esta medida será ordenada por la autoridad judicial, una vez haya valorado la colaboración con la Administración de Justicia que está dispuesta a prestar el testigo solicitante de la medida, siempre de acuerdo con el grado de riesgo ante el que aquél se encuentre.

Para casos más excepcionales puede incluso proveerse de fondos para cambiar la residencia y el lugar de trabajo del testigo o perito protegido y proporcionárseles una nueva identidad.

Tal y como hemos visto, en la fase de instrucción la LO 19/1994 regula ampliamente una situación de anonimato en los elementos protegidos que permite mantener en todo momento. Para la vista oral, como vamos a ver, la misma ley limita esta regulación.

2. Medidas de protección acordadas durante el juicio oral

Vistas las medidas de protección que pueden adoptarse durante la fase de instrucción, es preciso valorar qué medidas pueden acordarse para el juicio oral y en este sentido, el propio art. 4 de la LO 19/1994 regula la obligación del órgano judicial de volverse a pronunciar sobre el mantenimiento, modificación o supresión de alguna o todas las medidas, así como decidir si procede adoptar otras nuevas, ponderando los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en

⁶⁰ Vid. Art. 3.2 LO 19/1994

⁶¹ Vid. Art. 11.1, b) y f) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

conflicto y las circunstancias del testigo o perito en cuestión en relación con el proceso penal que se trate. Aún así, el artículo continúa estableciendo la obligación de levantar el anonimato de la identidad de los testigos o peritos en caso de que en los escritos de calificación provisional, tanto acusación como defensa, así lo solicitaran y el Juez o Tribunal lo estime pertinente. De ser así, se facilitarían el nombre y apellidos (exclusivamente) de tales sujetos en el auto en el que se declare la pertinencia de la prueba propuesta.

En cualquier caso, se exige que para que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la revelación de la identidad, haya sido admitida la práctica de la prueba testifical o pericial, a fin de evitar el descubrimiento innecesario de una persona que finalmente no ha de comparecer. Es decir, el anonimato en la fase de instrucción puede mantenerse siempre, pero si para el juicio oral el órgano judicial enjuiciado no considera necesario su mantenimiento, y siempre que alguna parte lo solicite, se notifica a todas ellas la identidad del sujeto protegido.

La justificación a esto es que la garantía del secreto de la identidad de los testigos en la fase de instrucción no puede ser ilimitada ni violar el derecho de defensa de los justiciables, que tienen derecho a conocer los datos de identidad de los testigos de cargo⁶². Se plantea el problema de si el anonimato del testigo o cualquier forma de ocultación aún cuando no sea anonimato, son contrarias a los derechos constitucionales de un juicio con todas las garantías y respetuosas con los principios de publicidad, contradicción e inmediación. Esto suscita innumerables críticas y provoca una deficiencia en la práctica procesal de la LO 19/1994.

Llegado el momento del juicio oral, ¿cómo se materializa la protección del testigo o perito en la declaración testifical o pericial? Para responder a esta pregunta vamos a realizar una distinción entre el testigo o testimonio oculto y el anónimo.

⁶² Art. 24.2 CE: «Así mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, [...]».

A. Testigo oculto

Del redactado del art. 2.b) de la LO 19/1994 ya se extrae la posibilidad de la comparecencia del testigo o perito utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Si bien este artículo está inmerso en aquellas medidas protectoras adoptadas durante y para la fase de instrucción⁶³, en relación con el art. 4 referente al posible mantenimiento de las mismas una vez finalizada, cabe también la comparecencia del testigo o perito al juicio oral y por lo tanto la práctica de prueba testifical o pericial de forma oculta.

Mientras que el testigo anónimo es aquel que, como veremos, oculta su identidad manteniendo en el anonimato sus datos personales y de identificación para las partes, el testigo oculto es el que permaneciendo oculto en una u otra forma, está plenamente identificado en la causa, es decir, está identificado personalmente con nombre y apellidos. Esto significa que en el acto de juicio oral se pueden adoptar una serie de medidas para impedir la visualización del testimonio de un testigo o de la declaración de un perito por parte del acusado a pesar de que conozca su verdadera identidad. En esta misma línea, el problema está en determinar qué tipo de medidas pueden adoptarse para llevar a cabo una efectiva ocultación del sujeto protegido.

López Barja de Quiroga, ofrece la opción de declarar desde la puerta de acceso, desde la «tribunilla de los testigos» o desde detrás de un biombo⁶⁴. Armero Villalba, por su parte, añade que puede lograrse esta ocultación mediante la alteración de su apariencia o mediante el interrogatorio en otra sala⁶⁵. Rodríguez Yagüe, Navarro Villanueva y Cartagena Pastor, además de coincidir con las anteriores medidas mencionadas, creen adecuadas también la declaración del testigo o perito mediante videoconferencia e incluso distorsionando la voz del sujeto⁶⁶.

⁶³ El propio artículo 2 de la LO 19/1994 hace referencia a la adopción de estas medidas para la fase de instrucción (sin perjuicio de que posteriormente sean modificadas, suspendidas o mantenidas) cuando concreta: «*el Juez instructor*», «*que no consten en las diligencias*», «*que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia*».

⁶⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «*El anonimato y la ocultación del testigo*» Aranzadi, 2009

⁶⁵ Vid. ARMERO VILLALBA, S., «*Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso*», Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010.

⁶⁶ Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., «*Protección a testigos y peritos*», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009; RODRIGUEZ YAGÜE, C., «*La protección de los delatores por el ordenamiento español*:

Antes de entrar a valorar estas medidas de ocultación del testigo o perito, debemos detenernos a recordar que existen un seguido de derechos y principios que tiene el acusado y que rigen en todo proceso judicial, tales como el derecho a la defensa y el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24 CE), con la vertiente de respeto a los principios de publicidad, contradicción, igualdad, defensa e inmediación. En tal caso, adelanto que existen innumerables críticas a la aplicación de según qué tipo de ocultación se le proporciona al sujeto protegido en tanto que se entiende que se le vulnera al acusado un derecho fundamental. Debemos tener presente en cualquier caso, que estamos hablando de testigos o peritos que corren un peligro como consecuencia de su participación en el proceso penal, y que por lo tanto se debe velar también por su seguridad, de igual forma que por el efectivo respeto de los derechos del acusado. Por eso la incidencia del testigo oculto en las garantías procesales del acusado ha sido analizada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

Por un lado, en cuanto a la declaración del sujeto protegido desde el umbral de la Sala de vistas o desde la puerta de acceso a la misma, el Tribunal Supremo en la STS 1398/1994 de 8 de julio reconoce que se restringe el principio de publicidad pero aún así considera que es una actuación procesalmente correcta, en tanto que quedan debidamente respetados los otros principios propios del juicio oral, pues el testigo oculto, en el caso que se resuelve de la sentencia, fue interrogado por el Tribunal, el Fiscal y los defensores de las partes. La representación del Ministerio Fiscal solicitó al inicio del juicio que un testigo, cuyo nombre precisó a las partes, declarara sin ser visto por acusados y público por razones de seguridad. En tanto que «*no había indefensión, ni desigualdad de trato procesal de las partes, ni lesión del derecho a la prueba ni tampoco del relativo a un proceso con todas las garantías (art. 14 y 24 CE)*», la Audiencia decidió que el testigo declarara en estrados, a la vista del Tribunal, Fiscal y Abogados, pero sin acceder a la Sala y por lo tanto evitando la confrontación visual con el acusado.

Una actuación semejante supone la declaración del testigo desde detrás de la «tribunilla» donde declaran los testigos. Como consecuencia del miedo que tenía el

aspectos sustantivos y materiales», *La Ley*, 2006; CARTAGENA PASTOR, F.J, «Protección de testigos en causas criminales: la ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (*)» *Boletín de información, Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1758, 1995

testigo a declarar en presencia del acusado, la Sala acordó ponerlo detrás de la tribuna donde declaran los testigos para impedir que el acusado los viera. El TS consideró correcta esta actuación, con los mismos argumentos que se dan en la sentencia previamente mencionada⁶⁷. En tal caso, el Ministerio Fiscal añadió que se trataba de unos testigos de importancia muy secundaria y por lo tanto tampoco servirían como prueba de cargo.

Estos dos medios de ocultación que se acaban de explicar actualmente no se llevan a la práctica como los que a continuación veremos.

Otra de las cuestiones controvertidas es la de si cabe que el interrogatorio del testigo se realice en una sala distinta a aquella donde se encuentra el acusado y ya desde antes de la entrada en vigor de la LO 19/1994 se discutía este tema. Hubo un caso en 1994 en el que el TC admitió que la víctima declarara en una habitación contigua a la sala sin ser vista ni por el acusado ni por su defensa, más no sin ser oídos por aquellos. En tal caso, el TC en la sentencia 64/1994 de 28 de febrero, entiende que no se ve vulnerada la publicidad del proceso pues a pesar de que la declaración se realizara de forma anómala, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente Acta. Como vemos ya hace 20 años de tal situación, pero es que más recientemente, el TS consideró pertinente la declaración testifical en una sala a parte *«sin que pudiera ser vista por el acusado, aunque en todo momento a presencia del Tribunal, del Ministerio Fiscal y del Letrado de la defensa, quien no se vio impedido en absoluto para realizar el interrogatorio que estimó oportuno a los intereses del acusado.»*⁶⁸

En esta línea, a raíz de la reforma de la LO 13/2003 de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, se introdujeron los arts. 325 y 731 bis LECrim, concretamente para el juicio oral, a través de los cuales se permite al órgano judicial acordar que *«por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigos, perito o en otra condición resulte gravosa o perjudicial [...] su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y*

⁶⁷ STS 191/1995 de 14 de febrero, RJ\1995\757, FJ 3º.

⁶⁸ STS 2461/2001 de 18 de diciembre; RJ\2002\276; FJ 1º.

simultánea de la imagen y el sonido [...]». Además, conforme al art. 299.3 LOPJ las actuaciones judiciales – declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas – *«podrán realizarse a través de videoconferencias u otro sistema que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal».* Así pues, concurriendo las razones que recogen estos preceptos, cabe que el testimonio se preste a distancia y, por lo tanto, en sala distinta de aquella donde se encuentra el acusado pudiendo impedir así, su contacto visual directo, pero no con la resta de la sala, incluida la defensa. Existe jurisprudencia del TS que estiman que la práctica de la prueba testifical por medio de videoconferencia no vulnera de forma alguna el derecho de defensa ni produce otras limitaciones que las del sentido del tacto o olfato (y de la vista para el acusado de así decidirlo), por lo que no afecta a las garantías procesales⁶⁹. En esta línea cabe valorar la posibilidad de realizar el acto de juicio oral empleando como medida de protección del testigo o perito Circuitos Cerrados de Televisión (CCTV). La doctrina no ha contemplado esta posibilidad, pero a mi entender es un mecanismo que de igual forma que la videoconferencia, no vulneraría el derecho a la defensa del acusado y por lo tanto podría estimarse su adopción.

La siguiente medida procesal de protección de testigos y peritos que imposibilita la identificación visual del testigo o perito, es la que se lleva a cabo con impedimentos muebles o inmuebles. En el primer caso, «impedimentos muebles», la preservación de la identidad física del testigo o del perito puede efectuarse a través de cualquier fórmula que permita el disimulo o desfiguración del rostro y demás caracteres físicos de la persona protegida, tales como el empleo de antifaces, capuchas, cascos, los más utilizados en la práctica según aporta Navarro Villanueva⁷⁰. Del artículo 2.b LO 19/1994 podemos interpretar que cabe cualquier medida que permita «esconder» la

⁶⁹ Vid. STS 1315/2007, de 5 de enero, RJ 2007\279; STS 957/2006 de 5 de octubre, RJ 2006\7103; STS 275/2005, de 2 de marzo, RJ 2005\2724.

⁷⁰ NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009

aparición física de quien ha de declarar siempre que lo que se pretenda dificultar sea la identificación visual normal del sujeto.

En esta misma línea, resulta preciso mencionar la posibilidad de utilizar «simuladores» o «distorsionadores de voz» con el objetivo de conseguir una mayor ocultación de sujeto protegido. Esta medida ha sido empleada por varios Tribunales y en diferentes ocasiones, si bien, el TC muy recientemente otorgó un recurso de amparo mediante el cual se recurría, entre otras cosas, la ocultación visual y auditiva del testigo protegido en tanto que entendió que al considerar dicho testimonio como prueba de cargo se habían vulnerado los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)⁷¹. De aquí se extrae que cabe la posibilidad de emplear distorsionadores de voz como medida de ocultación de los sujetos protegidos, pero que de ser considerada la declaración de los mismos como prueba de cargo, se estarían vulnerando, que no restringiendo como en otras ocasiones, derechos fundamentales del acusado.

Por último, en cuanto a los «impedimentos inmuebles» suponen la alteración del habitual escenario procesal, y es la medida que resulta más útil a la práctica. De entre ellos destaca la colocación de un biombo o una mampara separadora, lo cual es una limitación del principio de publicidad pero la resta de principios quedan garantizados, incluido el de inmediación, en tanto que estos impedimentos evitan la confrontación directa del acusado con el testigo o perito, pero en ningún caso puede entorpecer la observación por parte del tribunal, de la acusación y de la defensa de la declaración del testigo o perito.

B. Testigo anónimo

Mantener el anonimato de un testigo supone ocultar su identidad, no dar a conocer a las partes sus datos personales. De la propia LO 19/1994 se desprende el concepto de «testigo anónimo» cuando prevé en su art. 2 como medidas de protección, como hemos visto, la preservación de la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo, pudiendo utilizar como identificación un número u otra clave (art. 2.a), siendo posible además, la utilización de un distorsionador de voz. Los datos personales del

⁷¹ Vid. STC 75/2013, de 8 de abril de 2013.

testigo no aparecerán en ningún documento ni acta que tenga publicidad y los únicos que conocerán su verdadera identidad serán el Secretario Judicial, el Juez y el Fiscal.

Por su parte, esta figura plantea varios problemas, en tanto que a pesar de que con la adopción de esta medida se pretende proteger al testigo frente a intimidaciones y represalias, garantizado con ello que se manifieste libremente y que no modifique su declaración o se niegue a prestarla, esto puede suponer una limitación del derecho de defensa del encausado. Si la defensa ignora la identidad del testigo, difícilmente podrá poner de manifiesto aquellas circunstancias del mismo que pudieran cuestionar su imparcialidad y fiabilidad, según entiende Armero Villalba⁷². Es por esto que se puede deducir de la propia LO 19/1994 que no cabe el testigo anónimo, salvo que la parte consienta el anonimato, pues en el articulado de la misma se expresa que cualquiera de las partes pueden solicitar motivadamente el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos y el Juez o Tribunal deberá facilitar el nombre y apellidos de éstos. En cualquier caso los testigos anónimos podrán actuar en el juicio oral como tal siempre que no se haya solicitado por las partes levantar tal velo, o porque a pesar de haberlo solicitado en forma y tiempo, el Juez o Tribunal enjuiciador de forma motivada mantiene tal anonimato en un razonamiento ponderativo de los diversos derechos en juego. Esto es así porque recordemos que, tal y como subraya el TS en la sentencia nº 395/2009 de 16 de abril, en el FJ 1º *in fine* «*la lectura contrastada de los distintos apartados que integran el art. 4 de la repetida Ley 19/1994 (RCL 1994, 3495), impide interpretar el número 3 -que obliga a desvelar la identidad de los testigos-, en absoluta desconexión con el número 1 -que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción-. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3, subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia*». Por lo tanto, es evidente que el Juez o Tribunal puede mantener el anonimato de los testigos, siempre sobre la base de una causa fundada y suficientemente motivada. De ser así, llegada la

⁷² ARMERO VILLALBA, S., «Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso», Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010. pág. 26.

hora del juicio oral, este testigo contará con las mismas medidas de ocultación previstas para el testigo oculto, que ya hemos visto, además de la salvaguarda de su identidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en diversas sentencias el problema de viabilidad de los supuestos de anonimato y ocultación de testigos, refiriéndose más concretamente a los testimonios anónimos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 noviembre 1989 y Windisch, de 27 septiembre 1990, o, finalmente, la Sentencia Ludi, de 15 junio 1992. En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias, pero, aun así, y en dos de las precitadas sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH⁷³ la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, *«entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad.»*

La referencia a la anterior doctrina del TEDH permite concluir que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que *«en aquellos casos en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que 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 - resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3, d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución.»*⁷⁴

En relación a esto, el TC y el TS entienden que la vulneración de las garantías y sus consecuencias son diferentes cuando se trata de un supuesto de testigos anónimos que cuando se contempla un caso de testigos ocultos. En la sentencia 649/2010 de 18 de junio, el TS expresa que *«en los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible*

⁷³ Vid. Art. 6 CEDH; «Derecho a un proceso equitativo».

⁷⁴ STS 64/1994, de 28 de febrero.

para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, [...]» En cambio, continúa la sentencia, «cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de inmediación. [...]».

Como podemos observar, tanto el TEDH como el TS y el TC son contrarios a basar la condena de un acusado en la declaración de un testigo anónimo. En tal caso, y recordando lo dispuesto en el art. 4.3 LO 19/1994 referente a la facilitación de la identidad de los testigos o peritos propuestos como prueba para el juicio oral, parece que realmente si colocamos en una balanza los derechos del acusado y los del testigo o perito, ésta se inclinaría más hacia los del primero, e incluso, de hacer la misma valoración con los derechos y deberes del testigo, pesan más sus deberes en detrimento de sus derechos.

CAPÍTULO IV: El confidente

A lo largo de la realización del trabajo me asaltaron dudas acerca de la figura de «el confidente» en tanto que no ha sido nombrado por la doctrina en cuanto a sujeto susceptible de protección por la LO 19/1994, y además su contorno carece de delimitación en las leyes procesales. Por este motivo decidí analizar esta figura.

Para la realización de este apartado, y dada la escasa información que sobre esta figura se hallaba disponible en los manuales, opté por desarrollar un estudio empírico. La metodología empleada ha sido la realización de entrevistas a agentes de diferentes Cuerpos Policiales⁷⁵. Durante el mes de marzo del presente año 2014 acudí a las dependencias policiales de la Guardia Civil (GC) y del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), para entrevistar a agentes de la Policía Judicial de la GC así como a agentes de altos cargos del CNP. Además tuve la posibilidad de contactar telefónicamente con ex agentes del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), a través de los cuales conseguí información valiosa sobre el confidente. En total se han realizado siete entrevistas que transcribí a medida que las iba realizando. A partir de la información obtenida, el apartado ha sido estructurado en función de los temas que se consideraban relevantes para conocer en qué consiste esta figura, cuál es la función de un confidente que decide colaborar con las autoridades policiales y por qué motivo lleva a cabo esta colaboración.

1. Concepto de confidente

Un confidente – policial o anónimo – es una persona que por su posición (familiar, amigo, o por estar dentro de una organización) es conocedora de unos hechos supuestamente delictivos y colabora, bien de manera asidua o bien esporádicamente, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado aportándole información puntual o a lo largo de un tiempo determinado, relativa a estos hechos ilícitos que se están cometiendo o que van a ser cometidos por parte de una persona o grupos de personas.

⁷⁵ Vid. ANEXO II: ENTREVISTA A AGENTES POLICIALES ACERCA DE LA COLABORACIÓN DE LOS CONFIDENTES EN EL ESCLARECIMIENTO DE LOS DELITOS.

Con palabras textuales de un agente, *«en argot policial se puede concretar que el uso en sentido amplio del término «confidente» ampara la función de colaborador o fuente humana de información que aporta ocasional o periódicamente informaciones de relevancia para la labor de investigación policial, y que demanda la seguridad que proporciona su anonimato para el afianzamiento de la relación con el agente en quien confía.»*

A partir de estas definiciones existen varias cuestiones a tratar.

Por un lado, vemos que el confidente es un informador y constituye una fuente, policialmente hablando. Si bien se distinguen la fuente viva, que es la denominación propia del confidente en tanto que facilita información, de la fuente no viva, que es la referida a medios de comunicación social (presa escrita, radio, televisión, internet...).

Generalmente, el confidente se encuentra en una situación predelincuencial, cercano al criminal o persona investigada, por ello que posea información de primera mano sobre la actividad de la organización o grupo criminal, pero no está implicado en los hechos con relevancia penal que ésta perpetra o está en disposición de cometer. De hecho, la gran mayoría de veces este informador ha pertenecido a alguna organización delictiva que por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado haya sido desmantelada, es decir, es una persona con antecedentes penales.

Esta situación en la que se encuentra el confidente, en términos procesales, no es la propia de un autor o partícipe, sino que debería tratarse de un testigo, y este umbral de la responsabilidad del informante es uno de los temas más delicados a la hora de iniciar, mantener o incluso traspasar la relación entre confidente e investigador.

A pesar de que muchos agentes han utilizado indistintamente la terminología de «confidente» y «colaborador», el primero no debe ser confundido con el segundo, de hecho, existen rasgos diferenciados entre ellos. El colaborador no tiene porqué tener ninguna vinculación con el entorno de los delincuentes, pero sí puede que conozca a alguien que la tenga y obtenga información de ella. Igualmente, el colaborador puede tener algún lazo familiar o de amistad con el agente investigador o puede que simplemente tenga interés en que se radique la delincuencia que en una zona determinada exista por su alarma social o porqué él mismo resida en ella.

2. Procedimiento del contacto policial con el confidente

Enlazando con lo mencionado previamente en cuanto a la relación entre confidente e investigador o agente, la metodología del contacto entre las dos partes de la relación humana puede ser muy variada y por lo tanto no existe una manera estandarizada de realizar dicho contacto. Esto es así, afirma un agente, porque «la imaginación, la explotación de la tecnología disponible y la preparación de ambos sujetos, cada uno en su ámbito, suponen variables con las que constituir una muy variada casuística». En cualquier caso el contacto es bidireccional: puede ser que el primer contacto se inicie por el confidente o que sea la Policía quien tantea a aquellos que creen que pueden facilitar información de interés. De ser el confidente quien manifieste su interés en colaborar con las autoridades policiales, este primer contacto puede darse por qué está ingresado en un centro penitenciario y a través de los mecanismos internos de la prisión manifiesta este interés y solicita el contacto; puede que el confidente esté detenido y por lo tanto manifiesta directamente a los agentes su interés; puede que coincida con los agentes en un juicio por una causa en la que el confidente estuviera inmerso y les informe sobre su intención de colaborar; o simplemente se establece el contacto como consecuencia del trabajo policial, es decir, en el transcurso de una investigación el confidente, de *motu proprio*, se ofrece a la causa.

A pesar de esta posibilidad, puede ser que los confidentes sean contactados por la Policía ya que los primeros pueden haber colaborado otras veces con diferentes unidades policiales o con alguno de sus integrantes y se facilitan el contacto. En este caso la primera actuación de los agentes es buscar al confidente en la zona donde se sabe que ha estado afincado para mantener una entrevista con él. Por lo tanto, sea quien fuere quien iniciara la relación confidente-investigador, investigador-confidente, este primer contacto suele ser cara a cara.

A raíz de este encuentro, si se confirma la primera información y es valorada positivamente, siempre atendiendo pues a la calidad y cantidad de información proporcionada por el confidente, es habitual que se realicen posteriores contactos, telefónicos en primera instancia y personal posteriormente, intentando realizar el intercambio de información en persona, evitando los contactos por vía telefónica. En tanto que se priorizan los contactos personales entre el investigador y el confidente, los encuentros esporádicos que se mantienen suelen realizarse en distintas zonas,

normalmente apartadas o poco transitadas y conocidas por ambos para evitar comprometer al informador.

Después de este primer acercamiento, el tratamiento con el confidente debe hacerse por el agente investigador con la que el informador se encuentre más cómodo, para así facilitar el flujo de información. Al agente en cuestión se le denomina «manipulador», diferenciado del «captador» que es el que ha contactado con el confidente desde el primer momento y que en muchas ocasiones acabará siendo el manipulador. A pesar de esto, normalmente con los informadores acostumbran tratar dos personas y siempre las mismas, para que exista más seguridad y transparencia en el trato, así como más objetividad en la captación de la información del Policía. Además, los confidentes suelen ser personas desconfiadas y quieren ser conocidos por los menos agentes posibles.

Los contactos realizados por el funcionario con el confidente están basados en la mutua confianza y en unos códigos de lealtad no escritos. Generalmente las condiciones establecidas entre ambos son no trasgredir la legalidad, sobre todo para el policía, en tanto que se debe al acatamiento de las leyes no pudiendo realizar actos contrarios a derecho. Por ello, las informaciones que facilitan los confidentes se transcriben por escrito, en informes operativos y clasificados, que se elevan al Jefe de la Unidad de la que se dependa; esto es por seguridad propia del policía y para garantizar la legalidad de este contacto realizado por el agente con el confidente.

Por parte del confidente, no hay más que la voluntariedad de colaborar, si bien, como ya se ha dicho, esta actitud no se plasma en ningún tipo de documento levantado a tal efecto en la colaboración.

A. Motivación de la colaboración del confidente

A pesar de que, como manifiestan los agentes, existe voluntariedad de crear esta relación de colaboración por parte del confidente, esa actitud desinteresada y altruista que muestra el confidente en un primer momento no es del todo cierta. Existe una motivación en el sujeto informador por la cual actúa en colaboración con los agentes, pero no puede concretarse, en tanto que la propia condición humana de cada confidente es variada en cuanto a sus necesidades primarias a satisfacer. Las pautas por las que actúan pueden ser ilimitadas, imprevisibles e inciertas. Los confidentes colaboran con la

policía por venganza, deudas, alarde, envidias, infidelidades, por establecer amistad con la policía, por obtener un algún tipo de beneficio o mejor trato en caso de ser detenidos o imputados, por mejorar su situación de regularidad en nuestro país si son extranjeros, por conseguir alguna especie de protección o por interés económico. Se puede resumir esta motivación en que el informante posee una necesidad (y por lo tanto tiene un interés) y el agente hace de esta necesidad el eje de la relación, llegando incluso a transformar la inicial necesidad o a generar otras sobrevenidas. En este sentido para la consecución de sus ansias, bien materiales, bien éticas, el confidente considera indispensable relacionarse con la policía. Varios agentes coinciden en que los mejores confidentes suelen ser aquellos que actúan por celos y como venganza hacia su pareja o compañero, ya que la información suele ser totalmente veraz y sobretodo inmediata y completa.

En cuanto a este trato de la relación confidente-agente, cabe decir que cada cuerpo policial dispone de un «protocolo de actuación»⁷⁶ en el cual constan las condiciones y la manera de llevar a cabo esta investigación. En este protocolo se establecen los parámetros de actuación de los agentes, así como el beneficio que obtendría el confidente en función de la calidad y cantidad de información aportada. Normalmente se le paga al confidente con dinero, el cual procede de fondos reservados para ello, si bien la cantidad no es muy cuantiosa.

B. Habitualidad y eficacia de la colaboración del confidente

Partimos de la base de que la policía lo que busca de esta colaboración del confidente es información con la cual poder determinar si es factible abrirse una operación de un determinado hecho ilícito o bien para facilitar con dicha información el buen transcurso y buen fin de una investigación abierta. Así pues, parece necesario entrar a valorar la habitualidad de la colaboración de los confidentes con los agentes policiales en el esclarecimiento de los delitos. En tal caso, a la pregunta ¿es habitual la colaboración?, la respuesta es afirmativa; «sí», «en la mayoría de las investigaciones», «de forma continua», «a diario», «la práctica es más habitual de lo que se cree». Estas han sido algunas de las contestaciones que han hecho los agentes a la pregunta

⁷⁶ No ha sido posible ver ningún protocolo de actuación, en tanto que son reservados y sólo los agentes del cuerpo policial en cuestión tienen acceso a él.

planteada. Todos coinciden en que es muy habitual la colaboración de los confidentes, si bien en función del cargo policial y dependiendo del grupo en el que prestan sus servicios, esta colaboración es más intensa y directa. Hablo, por ejemplo, de los agentes del CNI.

Parece obvio que de la respuesta a esta pregunta, directamente nos planteemos otra relacionada: si el trato con confidentes es habitual, ¿debemos entender que la información aportada por ellos es eficaz? Volvemos a encontrarnos con una respuesta mayoritaria. La colaboración del confidente, si se realiza de una manera correcta, es muy eficaz, en tanto que, según manifiesta un agente, son sus oídos y ojos en zonas que normalmente no tienen acceso. La información que el confidente aporta puede ser muy valiosa y trascendente desde el punto de vista de la investigación, ya que es una persona que suele tener conocimiento al detalle de la organización criminal porque de manera directa o indirecta ha estado en relación con ella. En cualquier caso es cierto que para una eficacia mayor, se requiere un grado de implicación alto por parte del confidente, que dependerá a su vez del interés que tenga el mismo en esta colaboración por los beneficios que pueda llegar a obtener. Por lo tanto, depende de cada caso en concreto, pero generalmente la información aportada por el confidente es muy valiosa, con lo cual, de eficacia elevada.

3. Tipos delictuales por los que se requiere la colaboración de confidentes

Queda claro que la información que se obtiene por esta figura es importante para el buen devenir de una investigación, y por ello no existe un tipo delictual predeterminado para tratar con el confidente. Un bien informador puede ser muy válido para el esclarecimiento de delitos contra las personas, contra el patrimonio o simplemente en delitos societarios. Por lo tanto, es útil la información que aporte para todo tipo de ilícitos penales, siempre que sea buena, se confirme y se contraste en el desarrollo de la investigación. Si bien, normalmente se precisa de la colaboración del confidente para delitos graves en los que las pruebas o indicios no son suficientes para poder establecer una autoría, como para el esclarecimiento de asesinatos, delitos contra la salud pública, blanqueo de capitales, robos y receptación. El porqué para estos casos, según manifiesta un agente, es porque predominantemente, de otra manera sería muy

difícil dar con los delincuentes que cometen dichos ilícitos. Es decir, que para determinados géneros delictivos puede ser indispensable esta colaboración si se pretende conocer cómo funcionan las redes criminales, las jerarquías internas, los roles y el reparto de funciones. «Una conversación con un sólo informante, capaz y bien dirigido, puede suplir largos meses de investigación "tradicional" (seguimientos, declaraciones, intervenciones telefónicas...) en delitos, como ya se ha dicho, de terrorismo, tráfico de drogas, blanqueo de capitales...» Esto es así por su alto nivel de especialización; son organizaciones muy herméticas y los sistemas de investigación tradicional en estos casos son poco eficaces. Con la información extraída de un artículo se corrobora esta teoría de los agentes cuando un veterano policía de Bilbao que lleva dos décadas trabajando con confidentes, en una entrevista para «elcorreo.com», afirma que el trato con confidentes «Es importantísimo, más del 50% de las detenciones se hacen gracias a confidentes. La Policía pocas veces genera información, siempre es a través de vecinos, confidentes o detenidos.»⁷⁷.

Aun así ya se ha mencionado que los confidentes también cuentan aspectos de delitos menos graves y con mucha información. Así pues, no siempre se puede contar con un confidente para las investigaciones, y a veces sin estar investigando un delito en concreto aparece un confidente que da información.

A pesar de esto, de tener que nombrar un tipo delictivo para el que la aportación de los confidentes es más eficaz, los agentes coinciden en el tráfico de drogas. Se contrasta esta información con la que ofrece el artículo previamente mencionado en el cual se entrevista al agente de la Ertzaintza: «La investigación de drogas es una de las que más se nutre de esta figura, [...]» «Los mejores confidentes son traficantes, manejan datos porque forman parte de ese mundo».⁷⁸

4. Medios alternativos de investigación

El objetivo de una relación agente-confidente es recabar cuanta más información mejor, de la cual se parte para el esclarecimiento de muchas actividades ilícitas, que, de no ser de esta forma, sería difícil acceder a ellas. Por ello, en la actualidad, la

⁷⁷ DE LAS HERAS, A., «El mejor confidente es el traficante», Vizcaya, *El correo*, 2013.

⁷⁸ *Ib.* DE LAS HERAS, A., «El mejor confidente es el traficante», Vizcaya, *El correo*, 2013.

colaboración con confidentes es básica e imprescindible, ya que resulta imposible con los sistemas tradicionales de investigación introducirse en una organización criminal y conocer su funcionamiento. Si la información aportada por los confidentes es de calidad (remitiéndonos al grado de implicación del informador) ésta es imprescindible y de vital importancia para la investigación del presunto delito. Pero no todos los agentes coinciden en que la información aportada sea completamente imprescindible. Todos afirman que es un punto muy importante para el desarrollo y devenir de la investigación, que además puede confirmar datos aportados por otros medios y complementar aquellos que ya poseen los investigadores, pero que, en la medida en que no se pueda contar con esta aportación, la información es obviamente prescindible y se deberá acudir a las vías tradicionales de investigación, que sin duda alguna supondrá una mayor complejidad a la hora de esclarecer el presunto ilícito penal, en tanto que alargaría y dificultaría en extremo la labor de los investigadores.

En esta misma línea, no existe ningún medio alternativo por el cual se pueda obtener la misma información que ha aportado el confidente, ya que éstos suelen haber participado de alguna manera en la comisión del delito. Un agente nos dice que suele haber confidentes que proporcionan información diversa ya que están en los entornos delincuenciales. Por ejemplo, añade, «*los drogodependientes se suelen juntar en los mismos sitios y lugares y allí cometan sus andanzas por lo que siempre ay alguien que quiere estar a bien con la policía y cuenta lo que ha oído*». Por lo tanto, la información que facilita un confidente, como ya se ha dicho a lo largo del trabajo, suele ser directa y de primera mano y las nuevas tecnologías, a pesar de que facilitan el trabajo, es difícil que puedan suplir la aportación de los confidentes.

También, a modo de ejemplo para valorar la importancia de esta figura, un agente nos explica el siguiente supuesto: una persona se entrevista con un agente y le informa de que en la calle X de Y localidad se encuentran viviendo cuatro personas de nacionalidad rumana. Éstos se dedican a robar en domicilios y el jefe es uno de ellos. Además, facilita al agente el *modus operandi* de estos individuos. Según el agente entrevistado, puede ser que se llegara igualmente a esa información, pero después de mucho esfuerzo y dedicación, y después de muchos meses de investigación por otros medios ya nombrados. Pero también puede ser que resultara imposible acceder a estos datos.

Con esto queda suficientemente justificada la importancia de la colaboración del confidente en el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos.

En cuanto al uso y recurso a confidentes debe estar, al menos, protocolarizado internamente por la organización policial que resuelve admitir su función y utilidad; esto es, para privilegiar, fundamentalmente, la seguridad del funcionario y la legalidad de su proceder. En tal caso, este uso de los confidentes no acostumbra a ser extenso en tanto que no es fácil conseguir informadores, y todos los agentes opinan que debería usarse más esta fuente viva de información. Por lo tanto, las respuestas a las preguntas «¿Considera usted que el recurso a confidentes se debería limitar a ciertos casos?» y «¿Debería ser el uso de confidentes la última opción?» parecen obvias: en ningún caso el recurso a confidentes debería ser limitado a ciertos casos, ya que si las necesidades de la investigación así lo aconsejan, se debería trabajar con ellos para el buen devenir de la misma; es más, si su uso se hace adecuadamente y atendiendo a los protocolos internos, no existe ningún caso por el cual no utilizarlos. Además, si lo que se pretende es ser eficaz en la represión de la delincuencia, la intervención de confidentes no tiene que ser la última opción y no debe limitarse su uso en tanto que cualquier prueba aportada para el esclarecimiento de cualquier tipo de ilícito es importante. Un agente especifica que, sobre todo, en ámbitos de investigación especializada, el uso de confidentes no debe ser en *ultima ratio*, como por ejemplo en labores antiterroristas, redes internacionales de inmigración y blanqueo, tráfico de drogas de gran cuantía... En tanto que, remitiéndonos a lo dicho con anterioridad, son organizaciones muy preparadas y es difícil acceder a información sobre las mismas.

5. Medidas de protección del confidente

Adentrándonos en el ámbito procesal, entiendo que en caso de contar con un confidente que aporta información relevante para la investigación de un delito, ésta debe introducirse en el proceso judicial, habiendo sido verificada por los funcionarios.

De lo que se extrae de las entrevistas con los agentes, la información que facilita un confidente normalmente queda en “información”, siendo labor de los investigadores, utilizando esta información recibida, conseguir las pruebas para conseguir los objetivos por otros medios, sin poner en peligro al confidente, es decir, preservando en todo momento su identidad. Todos los datos obtenidos han de ser verificados por otros

medios con el fin de descartar hipótesis. Por lo tanto, la información ha de ser contrastada por la policía con otras informaciones provenientes de otras fuentes durante el proceso de investigación y se aportará al proceso judicial con alguna otra prueba obtenida por ellos, normalmente. Digo normalmente, porque por lo que manifiestan los agentes, no siempre pueden contar con esta otra prueba mencionada, y en tal caso la información se aporta vertiendo los informes operativos a las diligencias que se remiten a la Autoridad Judicial en el proceso de investigación, refiriéndoles que la fuente es un confidente (con nombre clave, nunca con su nombre completo, como medida de seguridad para con él). Si bien, esta actuación no es muy común.

De considerarse el confidente como testigo protegido, y por lo tanto contando con la protección de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, la información se aportaría al proceso en la forma habitual, preservando los datos identificativos del mismo, conociéndolos los agentes en cuestión y el juez instructor. Si bien, un agente considera que no existe un canal apto para introducir esta información en el proceso, en tanto que *«el confidente no es ni testigo ni perito protegido por el texto legal mencionado, sino “otra cosa”, y por lo tanto, la información debe ser aportada de nuevo por la investigación una vez se “judicializa”, en forma de seguimientos, vigilancias, escuchas telefónicas...»*. En relación con esto, no es muy usual que un confidente se convierta en testigo protegido, a pesar de que han existido casos en que así ha ocurrido. A veces, sería necesario que al informador en cuestión se le otorgue la condición de testigo protegido, en tanto que en muchas ocasiones es precisamente el único testigo y resulta imposible contrastar la información que aporta con otras pruebas. Según cada caso en concreto y el grado de complejidad y peligrosidad, el confidente pasaría a estar amparado por la LO 19/1994 y por lo tanto sería el Ministerio de Justicia quién le otorgara la protección necesaria. Si bien, la mayoría de los agentes opinan que la figura del testigo protegido está muy mal regulada en España y es escasa de aplicación, pues al final quedan desprotegidos en tanto que prevalecen los derechos del acusado a conocer quién es el testigo en cuestión para así valorar la información que este ha aportado.

Un agente personalmente llevo el caso de un confidente, el cuál actuó como conductor de un camión que transportaba 4.000kg de cocaína. Éste facilitó información a la policía para la localización de esta droga, dijo dónde la había descargado y quién le

había pagado. A esta persona se le proporcionó protección hasta la hora del juicio y se le cambió la identidad y el lugar de residencia.

En relación con lo expresado, ¿debemos entender que la identidad del confidente no es conocida por nadie más que los agentes que suelen mantener el contacto con él? Recordando lo que se ha dicho inicialmente, existen unos informes operativos en los que se hace constar toda la información recibida por el confidente, y a pesar de que estos informes sean clasificados y no se aporten al proceso, el Jefe de la Unidad de la que procede el agente conoce esta actuación, y por lo tanto este superior jerárquico conoce la identidad del sujeto en cuestión. En estos informes constan el día, la hora y el agente que se ha reunido con el confidente y quedan clasificados a nivel interno. Concretando un poco más, el funcionamiento de los confidentes en el servicio de inteligencia español existe un manual secreto denominado ICAS (Informantes, Colaboradores y Agentes), en el que se define todo lo relacionado con esas tres figuras. Ahí se establece que todos los confidentes deben tener una ficha personal, con todos sus datos. Esa ficha incluso reserva un espacio para la foto. Es cierto que muchas de ellas no la tienen, pero también lo es que en algunas ocasiones se han llegado a montar operaciones clandestinas en las que agentes del Departamento de Apoyo Operativo han fotografiado a colaboradores de cierta relevancia sin que éstos llegaran a saberlo. Así se confirma en un artículo de *interviú* contrastado por fuentes oficiales del Ministerio de Interior⁷⁹. En el CNI, oficialmente a ese archivo únicamente tienen acceso tres personas: el director; la secretaria general, y el director de operaciones.

En cuanto a los otros cuerpos policiales, se facilita la identidad del confidente a una base de datos nacional común y propia del cuerpo policial concreto en las que figuran este tipo de individuos para que así quede reflejada la investigación y la unidad policial con la que está colaborando en ese caso en concreto. Esto es así para evitar problemas de coordinación entre los cuerpos, y para garantizar la seguridad y protección de ambos sujetos (agente – confidente) y la legalidad de los actos llevados a cabo.

En tanto que el confidente suele ser una persona con antecedentes penales o que incluso está involucrado en algún ilícito penal en el momento en que colabora con una unidad policial, puede ser que haya agentes de otros cuerpos policiales que lo estén investigando a la vez que éste actúa como informador del otro cuerpo. En tal caso,

⁷⁹ RUEDA, F., «Guerra en el Interior por el control de los confidentes» *Interviú*, 2005.

resulta fácil que se creen confusiones si en el seguimiento de una investigación, el presunto delincuente se reúne en condición de confidente con otro agente, y se desconoce esta condición. De esta manera, plasmando la información obtenida en informes operativos internos, y haciendo constar la colaboración del confidente en una base de datos nacional, la legalidad de los actos se garantiza y existe mayor seguridad para los agentes que contactan y se citan con los confidentes. En caso de dudas sobre el trabajo de un agente por haber sido visto con un individuo que está siendo investigado, el Jefe de la Unidad puede aportar los informes operativos en los que deben constar las características de aquel encuentro salvaguardando así la profesionalidad del agente en cuestión. Informan los agentes que han existido casos en que un cuerpo policial ha investigado, incluso ha intervenido el teléfono de algún agente por su relación o entrevistas con confidentes. De ahí la importancia de reflejar internamente las actuaciones que se llevan a cabo, como vía para garantizar la legalidad y profesionalidad del agente en cuestión. Tal es esta importancia que el Ministerio de Interior en el año 2005 tuvo el proyecto de establecer una base de datos nacional con la identidad de los confidentes que tengan todos y cada uno de los agentes, ya pertenecieran a la policía o la Guardia Civil. La ficha de los confidentes, personas cuya identidad hasta el momento únicamente conocen los agentes a los que informan, debería incluir sus datos personales –nombre y apellidos, dirección, trabajo, vinculaciones...– y el listado completo de todos los pagos que se les han hecho. Además, se abriría un expediente para recoger las informaciones y trabajos realizados, que permitiera seguir con las máximas garantías el devenir de sus actividades⁸⁰. El fin era sacar más provecho a la información que tengan los confidentes y poder utilizarlos en todas las misiones en que puedan ser necesarios, al margen de que su controlador participe o no en ella. El Ministro de Interior del momento, José Antonio Alonso, puso de manifiesto que *«se trata de protocolarizar a los confidentes y su relación con los policías, para que ambos sepan a qué atenerse y estén protegidos si actúan correctamente. No hay que olvidar que actualmente a los confidentes ya se les conceden atenuantes en los juicios si ayudan a los cuerpos de seguridad en sus investigaciones»*. A pesar de que estos planes del Ministerio de Interior se apliquen desde hace años en instituciones tan prestigiosas como el Scotland Yard británico, y de forma similar en el CNI, los policías y los

⁸⁰ Vid. RUEDA, F., «Guerra en el Interior por el control de los confidentes» *Interviú*, 2005.

guardias se negaban a que este proyecto viera la luz. El motivo de esta posición tan contraria, según argumentan algunos de los agentes entrevistados, es que sería una locura permitir que cualquier agente tuviera acceso a los datos sobre la información del confidente, en tanto en cuanto si preservando su identidad en todo momento ya corren un grave riesgo, el hecho de que cualquier agente del país pudiera consultar la identidad de estos informadores agravaría este riesgo.

Por otro lado, y en relación con lo dicho hasta el momento, a no ser que el confidente acabe personándose como testigo protegido en el proceso judicial, la identidad del mismo no se facilita al juez, si bien tanto él como el fiscal de la causa es común que conozcan de su existencia y colaboración con la autoridad policial.

6. Cambios en el trato con los confidentes

Esta es cómo actualmente se lleva a cabo la colaboración del confidente con los agentes policiales, si bien no siempre ha sido así. Una de las cuestiones que se han planteado a los entrevistados ha sido si el trato con los confidentes ha evolucionado en los últimos 15-20 años, o si en el periodo de tiempo en el que los agentes han trabajado con estos individuos se ha producido algún cambio en cuanto a la metodología del trato.

Todos los agentes entrevistados llevan una media de 20 años contando con la colaboración de confidentes, y todos coinciden en que ha habido cambios en lo referente a esta figura. La mayor evolución, según manifiesta la mayoría, ha sido en lo mencionado previamente referente a la plasmación de la información que aporta el confidente. Como se ha dicho, en el presente toda información queda por escrito registrada, haciendo constar también el resultado obtenido por esta información así como el pago por su colaboración. En el pasado, no se hacía uso de estos informes operativos ni existía la base de datos expresada y como consecuencia de ello podían darse situaciones de interferencias en otras investigaciones llevadas a cabo por otras unidades o cuerpos policiales. Además, al no reflejarse la actividad, las actuaciones se llevaban a cabo entre el captador, por su cuenta, y el informante, sin tener miedo el primero a ser procesado por la forma de obtener información. Hace 20 años no existían partidas presupuestarias ni en la policía ni en la guardia civil con los que hacer pago a los confidentes que aportaban información, y en el caso de delitos contra la salud pública, la manera de obtenerla en algunas ocasiones era pagando a los informadores

con parte de la droga que se incautaba. A partir del caso UCIFA⁸¹ de 1997, en el cual se condenó a agentes de la Guardia Civil por tráfico de drogas, en tanto que se pagaba a confidentes con droga, la manera de actuar de los agentes con los confidentes cambió radicalmente y empezó a hacerse de la manera que se lleva a cabo en la actualidad: registrando cada entrevista con el individuo informador y atendiéndose el trato a la legalidad por completo. Este pago en droga era otro de los argumentos por los que el Ministro de Interior decidió impulsar el proyecto sobre la base de datos nacional⁸².

A partir de las respuestas de los agentes entrevistados, actualmente ningún policía infringe ningún tipo de normas para obtener información, en tanto que se debe al acatamiento de éstas y actúan siguiendo las pautas establecidas en los protocolos de actuación internos. Esto supone que cada vez se trabaje con mayor seguridad.

Por otro lado, también se ha hecho mención a que actualmente es muy difícil encontrar alguna persona que facilite información. Los argumentos que ofrecen los agentes son que al confidente no le interesa ningún tipo de beneficio que pueda obtener por su colaboración, que no se confía en la justicia y que al no suponer ningún castigo no colaborar (obviamente), deciden no hacerlo. De todas maneras, afirman que aquellos confidentes que transmiten información en la actualidad suelen ser muy valiosos, en tanto que son ellos normalmente los que acuden a la policía para ofrecer su colaboración, y por lo tanto prima la calidad sobre la cantidad.

Después de todo lo explicado, vemos que existe un protocolo policial interno de cada cuerpo que regula la forma de llevar a cabo el trato con el confidente, ¿pero debería existir una regulación jurídica de esta figura? Los agentes coinciden en que, en tanto que es muy difícil combatir el crimen organizado sin la colaboración del confidente, éste debería contar con una regulación legal y así dotársele de protección. Sí que es cierto que existe la LO 19/1994 que regula la figura del testigo protegido, pero esta regulación no ampara al confidente si no se persona como testigo en la causa.

A pesar de esto, consideran los agentes que si por regular la figura del confidente se entiende que sea tratada de forma que cualquiera tenga acceso a su identidad no están de acuerdo en que existiera esta regulación pues esto supondría un grave riesgo para él.

⁸¹ *Vid.* SAN 26/1997 de 3 octubre; STS 1329/1998 de 11 enero;

⁸² *Ib.* RUEDA, F., «Guerra en el Interior por el control de los confidentes» *Interviú*, 2005.

Un agente en concreto opina que le resulta inimaginable pensar en una regulación del informante con rango de Ley, pues considera que en España existe una limitada cultura democrática con la que se gestionan los temas de seguridad. Sin embargo, sí que coincide con la resta de agentes en profundizar en la línea de establecer unos estándares de funcionamiento en el seno de cada organización policial, siendo necesario sobre todo para delitos graves. Si bien, no comparten que debiera delimitarse para casos en concretos. Ya se ha dicho con anterioridad, que cualquier información sobre cualquier ilícito resulta importante, por lo tanto concretar para qué delitos poder tratar con esta figura no lo consideran apropiado. Lo que si antoja deseable es establecer tanto contraprestaciones económicas como pactos sujetos plenamente a la legalidad. Como se ha visto, el dinero con el que se paga al confidente proviene de fondos reservados, de los cuales no se da ningún tipo de explicación. Pues bien, una posible mejora que se podría conseguir mediante regulación sería establecer baremos de estas contraprestaciones pudiendo justificar este pago.

Un agente hace mención a la regulación del confidente en otros países como Inglaterra o Portugal e informa que en el Reino Unido se hace al confidente una especie de contrato laboral con cláusulas de condiciones. En Portugal, a su vez, se regula con una ley independiente la figura del agente encubierto, permitiendo la actuación del confidente como agente encubierto, en casos limitados, bajo control policial y supervisión y autorización judicial. En este último caso, afirma que se consiguen espléndidos resultados.

Cabe mencionar que mandos de la Policía Nacional, Guardia Civil, Mossos d'Esquadra y la Ertzaintza se reunieron y coincidieron, en el curso de unas jornadas sobre crimen organizado, en la necesidad de regular la figura del confidente como se ha hecho en otros países⁸³. De la pregunta «¿Cómo sería una regulación de confidentes?» que se formuló a uno de los agentes, éste responde que «...se pide una regulación legal. Dicho de otra forma: que el confidente entre a formar parte de la nómina del Estado y se sepa a quién se paga y para qué servicios, [...]».

Por último, en vistas que estas actuaciones se realizan «en secreto» existen dudas acerca de las repercusiones que pueden asumir los agentes en el ejercicio de sus

⁸³ Vid. MARTÍ GÓMEZ, J. «Los confidentes, tan repudiados como necesarios», www.cadenaser.com, 2011.

funciones, pero ninguno de ellos manifiesta tenerlas de actuar bajo la legalidad. El agente que se tenga como tal, no violenta el sistema legal porque lo defiende a diario, *ergo* ni acuerda ni pacta silencios con un delincuente, y por lo tanto no existe ningún tipo de repercusión para su profesión. El ser confidente no significa tener licencia para actuar éste a su libre albedrío, sino que supone un compromiso de fidelidad con el agente que lo controla a la causa de erradicar una organización delictiva sin utilizar medios ilícitos para ellos.

Por otro lado, en vistas de la carencia legislativa que ya se ha comentado, esto se traduce en el fondo en una desprotección hacia el agente en el desarrollo de su trabajo y por lo tanto, existen riesgos derivados de este trato con el confidente.

En esta misma línea, se ha de tener en cuenta cuál es el fin que se persigue por parte de los agentes al utilizar un confidente y cuál es el delito que se está investigando, por ello se debe ser consciente que el fin no justifica los medios y que se debe poner en conocimiento de la Autoridad Judicial aquellos delitos de entidad que se conozcan y en los haya participado el confidente. Si bien es cierto que a veces se obvian determinadas cuestiones poco relevantes con el fin de obtener un resultado mayor y es a posteriori cuando se comunican a la Autoridad Judicial los hechos, de conocer la autoría del confidente en los hechos que informa o en otros, se debe actuar como en cualquier otra situación y proceder contra esa persona con el procedimiento habitual en base a su participación. Por más útil que resultara la información aportada por ese individuo en concreto, de descubrir que está cometiendo un delito, se detendría y se pondría a disposición judicial por los hechos que se le imputaran. De no ser así, se estaría prevaricando por parte de los agentes.

A modo de conclusión, el confidente es una figura que está presente en muchas investigaciones llevadas a cabo por las autoridades policiales a pesar de que carezca de regulación legal. La actuación realizada por los agentes no sobrepasa la legalidad en tanto que sí cuentan con un protocolo interno que delimita los estándares que rigen la colaboración y ésta resulta útil para cualquier caso.

7. Intervención del confidente en el proceso penal

Podemos hacer referencia, en cuanto a la legalidad de la utilización por parte de la policía de estas fuentes confidenciales, que la jurisprudencia del TEDH la ha admitido siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo⁸⁴. Además, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo la licitud de la información recibida por la Policía a través de confidentes. Servirse de confidentes, declara la Sentencia 476/2003 de 4 de abril de 2003, FJ 2º, «*nada tiene de anómalo ni de constitucionalmente ilícito*». En la misma línea, señaló la Sentencia 262/2003 de 19 de febrero de 2003 que ninguna tacha de ilicitud cabe oponer a que la policía utilice fuentes confidenciales para recabar información. Si bien, el TS en la Sentencia de 26 de septiembre de 1997, así como el TEDH, señala «*la licitud de los confidentes como un instrumento válido para adquirir conocimiento sobre algún hecho delictivo*», y recalca que «*su utilidad es admisible en cuanto inicial medio de investigación y no como medio de prueba en el Juicio Oral*», por lo tanto la supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad.

La misma Sentencia decía que «*la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), y de modo concreto, el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo, que garantiza el art. 6.3.d) del Convenio de Roma.*»⁸⁵ En efecto, el art. 710 LECrim exige, de modo expreso, que los testigos de referencia «*precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado*», es decir, que el testimonio de referencia no puede servir legalmente de cauce para traer al proceso, como prueba de cargo, los testimonios anónimos de confidentes policiales. En definitiva, la utilización como prueba de cargo de testimonios de confidentes anónimos, que no pueden ser interrogados por los acusados ni si quiera

⁸⁴ Vid. Sentencia Kostovski, de 20 de noviembre de 1989. Cfr. Sentencia Windisch, de 27 de septiembre de 1990.

⁸⁵ STS 1149/1997 de 26 de septiembre de 1997, FJ 1º.

cuestionados en su imparcialidad por desconocer su identidad, aparece proscrita en nuestro Ordenamiento en todo caso⁸⁶.

Dicho esto, y en el caso que nos atañe, la posibilidad que se planteó en su momento para que el confidente pudiera participar en el proceso penal a través de la figura del testigo de referencia, que recordemos que es uno de los sujetos que se entiende que puede quedar amparado por la LO 19/1994, ha sido denegada por el TS, tras entender que vulnera el art. 6.3.d) del Convenio de Roma que garantiza el derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo; que también vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión del art. 24.1 y .2 CE; que se desconoce lo establecido en el art. 710 LECrim en cuanto a la precisión del origen de la noticia; y que violenta las exigencias de la doctrina jurisprudencial impuestas para la validez como prueba de cargo del testimonio de referencia.

Visto esto, y tal y como expresa una parte de la doctrina, la condición de testigo en un proceso penal, susceptible de amparo legal de protección, permite excluir de la protección legal prevista en la LO 19/1994 a quienes están implicados en la causa en cualquiera de las formas de autoría o participación y al confidente, que en ningún momento tiene condición de testigo, mientras mantenga el anonimato y no participe en el proceso⁸⁷. Si bien, en mi opinión, mientras la figura del confidente carezca de regulación legal y no se le pueda garantizar la suficiente protección como para poder prestar declaración en el Juicio Oral, continuará manteniéndose en el anonimato, y además, de lo contrario, se negaría a colaborar con la policía, *ergo* en la mayoría de casos quedarían muchos delitos sin esclarecer.

⁸⁶ STS 654/2013 de 26 de junio de 2013, FJ 1º.

⁸⁷ GONZÁLEZ BLANCO, A. «Los testigos y peritos protegidos en el orden penal», www.asdua.es, 2011.

CAPÍTULO V: Valoración de la LO 19/1994

La presunción de inocencia, erigida como principio constitucional y derecho fundamental en el art. 24 CE y en el art. 6 del CEDH ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 31/1981 de 28 de julio, el cual determina, en resumen, que consiste en el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Esto implica el desarrollo de una mínima actividad probatoria realizada con todas las garantías, es decir, realizada en el juicio oral rigiendo en él los principios de publicidad, contradicción e inmediación⁸⁸. En este marco, el acusado desarrollará plenamente su derecho de defensa, diseñado en el párrafo segundo del citado art. 24 CE.

En el proceso penal la prueba testifical es, sin ninguna duda, el medio probatorio más relevante; sean o no testigos de cargo aquellos que intervienen en el proceso, en tanto que juegan un papel fundamental para el esclarecimiento de los hechos⁸⁹. Por este motivo, la LECrim viene a imponer tanto al testigo como al perito una serie de obligaciones cuyo incumplimiento acarrea incluso consecuencias penales. El deber de colaborar con la Administración de Justicia en el curso del proceso que el art. 118 CE impone a todo ciudadano, se materializa en la ley procesal en las obligaciones de comparecer y declarar con verdad a lo que se pregunta. Si bien, resulta evidente que la comparecencia y declaración del testigo o perito pueden suponer perjuicios de mayor entidad, y ante el temor de sufrir represalias y que en el respectivo proceso penal no se pueda hacer uso de los testimonios y pruebas valiosos por este motivo, el legislador dictó una norma con la intención de salvaguardar a los que en calidad de testigos o peritos deben cumplir con el deber constitucional mencionado.

Así pues, en la legislación española nos encontramos con una única norma en materia de protección de testigos y peritos en causas criminales cuyo contenido y régimen legal de protección se recoge en tan sólo cuatro artículos; el propio Texto Legal en el último párrafo de la Exposición de Motivos anuncia que «El contenido de la Ley es breve»⁹⁰. Ciertamente lo es, y más si se tiene en cuenta que ninguno de sus cuatro

⁸⁸ *Vid.* STC 135/2011, de 12 de setiembre.

⁸⁹ Armero Villalba, Cartagena Pastor y Rodríguez Yagüe, entre otros, consideran la prueba testifical como indispensable para el buen devenir del proceso penal.

⁹⁰ LO 19/1994 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. *Vid.* ANEXO I.

artículos ha sido complementado con las disposiciones reglamentarias que en el plazo de un año debía dictar el Gobierno, según ordena la disposición adicional segunda.

La LO 19/1994 en un principio podía parecer eficaz, pero si, además de lo que se acaba de argumentar, tenemos en cuenta que el legislador expresa en la Exposición de Motivos que no le importa tanto la seguridad o indemnidad de los llamados como testigos o peritos al proceso, como los problemas de persecución penal de impunidad del delincuente, parece obvio que existan críticas acerca de la eficiencia de esta norma y en la práctica se planteen problemas. Según Burgos Ladrón de Guevara⁹¹ «*la realidad práctica diaria ha llevado a la pérdida de la norma*» y esto es así porque jurídicamente una cosa es cumplir con el deber constitucional de colaborar, evitando retraimientos e inhibiciones de testigos y otra muy distinta es la llamada «victimización secundaria»⁹² que como consecuencia de una declaración en una causa penal pueda poner en peligro la vida familiar, laboral e incluso profesional que de forma primaria debe evitarse en todo Estado de Derecho.

Por lo tanto, esto suscita la duda entre el equilibrio necesario para la protección al testigo o perito en el proceso penal y la no facilitación de la impunidad de los delincuentes. Dada la dificultad de ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales que rigen el proceso penal y que amparan al imputado entran en conflicto con los propios de los testigos y peritos en tanto que partes del mismo proceso, y juntamente con las circunstancias concurrentes de esta situación, las garantías arbitradas a favor de los testigos no pueden contar con un carácter absoluto e ilimitado porque de ningún modo pueden violarse los principios que rigen el proceso penal.

El Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente esta teoría⁹³: los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto, sino que pueden limitarse cuando entran en colisión con otros derechos o intereses constitucionalmente

⁹¹ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La protección del testigo víctima en la LO 19/1994 de 23 de diciembre del proceso penal español y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012», *Revista general de Derecho Procesal*, 2013, pág. 4.

⁹² Vid. FORTETE, C., «Modalidades especiales de recepción del testimonio: victimización secundaria y derecho de defensa», *Anuario del CIJS*, 2007.

⁹³ Vid. STC 98/2000 de 10 de abril; STC 70/2009 de 23 de marzo; STC 173/2011 de 7 de noviembre, entre otras.

protegidos. Los límites deberán fijarse con criterios restrictivos, en el sentido más favorable a su esencia, atendiendo al juicio de proporcionalidad. De este modo, si hablamos del derecho de defensa del acusado en el marco de un procedimiento con todas las garantías, deberemos preguntarnos si la medida de protección al testigo o perito que se adopte resulta idónea, por lo tanto, adecuada y útil a los fines perseguidos; si es inevitable por no existir otra menos lesiva para los derechos del acusado. Lo cual nos llevará a valorar la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, exigiendo una ponderación de los intereses en conflicto, determinado si el derecho a la defensa es razonable y proporcional a la importancia de lo que se trata de proteger.

De esto se desprende que el funcionamiento de la presunción de inocencia para el delincuente convierte al testigo o perito protegido por la LO 19/1994 en víctima presunta, en tanto que a pesar de correr el «riesgo grave» que se exige para que sean de aplicación las medidas de protección previstas en el Texto Legal, resulta complicado limitar los derechos del imputado. Esto supone una desigualdad de trato entre al acusado y el testigo o perito y la LO 19/1994 no facilita el equilibrio necesario del cual se ha hablado.

Es el Estado quien tiene interés en que se ejercite el *ius puniendi*, y para ello debe contar con la colaboración de los ciudadanos con la Justicia, pero si los testigos atemorizados no cuentan con la protección que requieren y por lo tanto no se disminuyen las garantías del acusado, se complica esta tarea. Recordemos que podemos estar delante de supuestos muy graves y peligrosos para la víctima o los testigos, y que puede que su vida dependa de que se conozca su identidad, ¿debemos en tal caso proporcionar el nombre y apellidos de estos sujetos por más que la defensa así lo solicite?

La solución consiste pues, de conformidad con Navarro Villanueva y enlazando con lo dicho previamente, en que el Tribunal valore en qué forma se limita el derecho de defensa y las garantías del justiciable en el proceso penal (publicidad, inmediación y contradicción), decidiendo en cada caso si la limitación es soportable y procede, o por el contrario, es inadmisibile. Si de adoptarse la medida protectora se produce indefensión, debería prevalecer el derecho de defensa del acusado, ¿pero hasta que punto? Además, en tal caso sería imposible pedir a los testigos o peritos que están personados en el proceso penal que su declaración sea completa y firme.

Hemos visto que la LO 19/1994 contempla varios tipos de medidas que, a mi parecer, se pueden dividir en medidas adoptadas durante la fase de instrucción y medidas adoptadas durante el juicio oral (art. 2 y art. 4 respectivamente). Dentro de las medidas adoptadas durante la fase de instrucción se contemplan también unas medidas complementarias que hemos denominado policiales (art. 3). Mientras que éstas últimas no afectarían a la prestación del testimonio, lo cual supone que los derechos procesales del acusado quedan indemnes, las medidas propias del proceso, adoptadas en la instrucción o en el juicio oral, si pueden afectar a las reglas generales sobre práctica de la prueba, específicamente al principio de contradicción integrado en el derecho de defensa. Es precisamente aquí donde se encuentra el punto conflictivo que provoca la necesaria valoración de los derechos e intereses de cada parte en el proceso.

Centrándonos en al art. 4 LO 19/1994, en el juicio oral el órgano competente puede mantener, modificar o suprimir las medidas de protección que hayan sido acordadas en fase de instrucción. Si bien, continúa el artículo en el apartado tercero: «*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, [...], el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, [...], deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, [...].*» Por lo general, la defensa siempre va a requerir de la identidad del testigo o perito protegido, y en la mayoría de ocasiones el juez va a facilitarla, lo que convierte al testigo o perito en desprotegido.

A pesar de que no asocie la Ley la aplicación de las medidas a una clase de delincuencia, lo más frecuente es que se acuerden en casos de terrorismo, narcotráfico, delitos relativos a la prostitución y a la violencia de género⁹⁴. La entidad de estos delitos es muy elevada en cuanto al riesgo que pueda correr cualquier persona que esté afectada por ellos, ya sea la propia víctima, testigos o cualquier otro sujeto de los nombrados como amparados por la LO 19/1994. En relación con esto, el hecho de que se acabe facilitando la identidad del testigo o perito que se encuentra inmerso en ese proceso penal en concreto, supone un peligro inmediato para esta persona y sin duda es un riesgo que no se debería correr.

⁹⁴ ARMERO VILLALBA, S., «Garantía procesales y protección de testigos en el curso del proceso» », Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010, pág. 15.

Entendemos cuando la defensa argumenta que sin conocer la identidad del testigo es imposible valorar la presencia del mismo en los hechos que se enjuician, lo cual suscitaría dudas acerca de la fiabilidad y veracidad del testimonio, en tanto que se desconoce si pueden concurrir relaciones personales u otras circunstancias que revelarían la posible existencia de animadversión o enemistad hacia el acusado. Compartimos que en muchas ocasiones se requiera de la constatación y el reconocimiento por parte del acusado del testigo en cuestión, o viceversa, con el fin de valorar la prueba como de cargo para el caso, pero consideramos que en ciertas ocasiones el riesgo es demasiado elevado y la solución de facilitar la identidad del testigo o perito únicamente puede acarrear un perjuicio mayor del que se está enjuiciando.

La doctrina valora la posibilidad de que se proporcione la identidad del testigo o perito únicamente al letrado de la defensa con el deber de reserva, si bien el TC declara que esto «no constituye un remedio adecuado y suficiente para soslayar o reequilibrar el déficit de defensa de los acusados»⁹⁵ pues puede no cumplir las garantías para asegurar la efectiva contradicción entre las partes, además de que la defensa puede no conocer qué tipo de relación existe entre acusado y testigo o perito. En mi opinión, el problema del desconocimiento sobre la posible relación entre ambos sujetos podría solucionarse sin revelar la identidad del testigo o perito oficiando a la policía para que realicen una investigación sobre estas personas y hagan un informe acerca de la relación de las mismas. De este modo, el juez podría valorar desde otra perspectiva la declaración del testigo en virtud de unos hechos constatados policialmente.

El TC indica que para considerar la declaración del testigo anónimo se deben reunir tres requisitos concretos:

1. *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.*
2. *Que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y combatir, en su caso, la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio.*

⁹⁵ PRAT WESTERLINDKH, C. «No es suficiente proporcionar a los letrados la identidad de los testigos anónimos.» *Aranzadi*, Pamplona, 2013.

3. *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.*

Como vemos, en todo momento estamos haciendo referencia al testigo anónimo al tratar los derechos en conflicto de las partes, y no al testigo oculto, pues recordemos que la identidad de éste último sí que se conoce, simplemente se oculta su persona a la hora de declarar en el juicio oral.

En tal caso, la mayor parte de la doctrina se encuentra a favor de la prevalencia del derecho de defensa del acusado ante la declaración de un testigo anónimo por la limitación que esta prueba le supone, y por lo tanto de la facilitación de los datos identificativos de tal testigo a la defensa y su representado. Si bien, entiendo que de ser de aplicación la LO 19/1994 en todos sus términos, es decir, protegiendo al testigo de manera que sea completamente anónimo, la identidad de éste no debería facilitarse de ningún modo en tanto que de forma motivada el juez ya ha valorado el elevado grado de riesgo existente. Por ello, haciendo referencia a los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional y atendiendo al tercero de ellos, de ser anónimo el testigo, su declaración no debería valorarse como prueba de cargo y por lo tanto debería ir acompañada de otros elementos probatorios suficientes para poder motivar la condena del acusado. En cualquier caso, como se acaba de decir, entiendo que si el juez ha otorgado la máxima protección es porque ha reconocido el peligro existente en el testigo o perito y para poder motivar suficientemente la adopción de la medida hasta tal punto, deben existir indicios racionales de criminalidad y otros elementos probatorios en los cuales poder sustentar su decisión y posterior condena del acusado.

Consideraciones finales

A lo largo del presente trabajo se ha abordado el análisis de las medidas de protección existentes en la legislación española para víctimas y testigos en el sistema penal español. Para ello se han analizado los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la LO 19/1994 así como el grado de eficacia práctica de la misma. Así mismo, a través de un estudio empírico acerca de la figura del confidente, se ha podido delimitar la caracterización de este sujeto en tanto que ni la doctrina ni la jurisprudencia lo han tenido en consideración y por lo tanto, carece de regulación legal actualmente en España.

En lo referente al marco legal de la protección de testigos y peritos, tanto a nivel internacional como estatal, es muy limitado. A pesar de que existe normativa abundante que trata la protección a las víctimas de delitos y que por analogía en algunos casos puede ser aplicable a los testigos y peritos que participan en un proceso penal, no existe a nivel europeo ninguna regulación específica en este tema, lo cual hace dudar acerca de la consideración que se tiene de estos sujetos. A nivel estatal, por su lado, hemos visto que existe la LO 19/1994 como ley específica, si bien considero que es demasiado antigua y que se antoja una modificación en su esencia, sobretodo en cuanto a los ámbitos subjetivo y objetivo.

Después del estudio realizado acerca de los sujetos susceptibles de amparo por la LO 19/1994 y de las medidas de protección de los mismos, considero que el Texto Legal es muy poco explícito a la hora de determinar a quién procede dotar de protección, y de eficacia escasa a la hora de otorgarla. El art. 1 de la citada Ley únicamente menciona a los testigos y peritos que intervengan en causas penales, por ello es lógico que existan discrepancias a la hora de concretar los sujetos que puedan incluirse en el concepto de «testigo». De los sujetos analizados y que la mayor parte de la doctrina tiene en cuenta, los testigos directos, de referencia, la víctima, tanto el coimputado como el arrepentido en los términos en que se diferencien, los allegados y el agente encubierto, pueden encontrarse en situaciones de riesgo y peligro grave en cualquier momento del proceso en el que están inmersos y por lo tanto entiendo que les es de aplicación la LO 19/1994. Además, en un primer momento me planteé la posibilidad de incluir entre estos sujetos al confidente. Si bien, después de la

información obtenida a raíz de las entrevistas a los agentes policiales, incluir esta figura del confidente como testigo protegido sólo procedería de decidir éste personarse en el proceso puesto que, de lo contrario, se obvia su identidad y colaboración, lo cual supone el completo desconocimiento de la actuación de este sujeto. En cualquier caso, esto no significa que no se precise una regulación jurídica del confidente en lo referente, por ejemplo, al protocolo de actuación que deban seguir los agentes, que a pesar de que exista uno interno en cada cuerpo policial, este tipo de relación debe llevarse atendiendo a una forma prescrita legalmente. También en lo referente al pago de su colaboración, pues, en cualquier caso, se antoja una mayor salvaguarda de los sujetos que llevan a cabo el intercambio de información confidencial (agente – confidente).

En lo que atañe a las medidas de protección previstas, la Ley no es demasiado exacta a la hora de nombrar, en el art. 2.b), qué tipo de procedimiento es admisible para evitar la identificación visual normal del testigo o perito y, de igual forma que pasa con los sujetos, existen diferencias sobre los medios que deben permitirse en el acto de juicio oral. En esta línea, la videoconferencia y el uso de mamparas o biombos son los más utilizados actualmente. Por otro lado, en el art. 3.2 LO 19/1994 se prevé la continuidad de las medidas policiales de protección y el otorgamiento de nuevas si una vez finalizado el juicio oral el peligro y riesgo continua manifestándose. Pero el mencionado artículo nombra esta posibilidad para «casos excepcionales», sin determinar tampoco qué puede calificarse de excepcional, y por lo tanto sin concretar cuándo procede dispensar esta protección policial.

Por último, haciendo referencia a la eficacia práctica de esta norma, considero que hay dos puntos a tratar. De un lado, la forma automática de desvelar la identidad del testigo cuando las partes lo solicitan, pues a la práctica el juez, en respeto de los derechos del acusado, mayoritariamente la facilita. De otro, la valoración de la prueba testifical de este testigo anónimo. En caso de no desvelar la identidad del testigo, que en muchas ocasiones en virtud del temor fundado por la existencia de un grave riesgo debería mantenerse este anonimato, el testimonio prestado de ningún modo se puede considerar prueba de cargo. Esto supone que el objetivo de salvaguardar a estos sujetos no se cumple en el primer caso, y en el segundo se beneficia al acusado, lo cual supone que, en mi opinión la LO 19/1994 pueda calificarse de deficiente y obsoleta.

Legislación

- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección contenida.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.
- Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.
- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos de apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales.
- Ley Orgánica 5/1999, de 13 de marzo de enero, de modificación de la LECrim sobre perfeccionamiento de la acción de investigación relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves.
- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP y de la LECrim en materia de protección penal y procesal frente a los malos tratos familiares.

- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Jurisprudencia

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 632/2010 de 27 de diciembre, Sección 4ª.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 200/2011 de 31 de marzo, Sección 2ª (ARP\2011\593)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 54/2011 de 13 de junio, Sección 1ª.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 74/2012 de 16 de mayo, Sección 2ª.
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 269/1994 de 17 de octubre, Sala 1ª (RTC\1994\296 AUTO)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1994 de 28 de febrero, Sala 1ª (RTC\1994\64)
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 75/2013 de 8 de abril, Sala 1ª
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2708/1992 de 14 de diciembre, Sala de lo Penal (RJ\1992\10190)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1398/1994 de 8 de julio, Sala de lo Penal (RJ\1994\6283)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 49/1995 de 17 de enero, Sala de lo Penal. (RJ\1995\10)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 191/1995 de 14 de febrero, Sala de lo Penal (RJ\1995\757)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 945/1995 de 29 de septiembre, Sala de lo Penal (RJ\1995\6931)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre, Sala de lo Penal (RJ\1995\7589)

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 544/1996 de 19 de julio, Sala de lo Penal (RJ\1996\5919)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1149/1997 de 26 de septiembre, Sala de lo Penal (RJ\1997\6696)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 258/1998 de 28 de febrero, Sala de lo Penal (RJ\1998\1749)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 970/1998 de 17 de julio, Sala de lo Penal (RJ 1998\5996)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1622/2001 de 21 de septiembre, Sala de lo Penal. (RJ\2001\8506)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2084/2001 de 13 de diciembre, Sala de lo Penal (RJ 2002\1991)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2461/2001 de 18 de diciembre, Sala de lo Penal. (RJ\2002\276)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 476/2003 de 4 de abril, Sala de lo Penal (RJ\2003\4873)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 275/2005 de 2 de marzo, Sala de lo Penal (RJ\2005\2724)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 957/2006 de 5 de octubre, Sala de lo Penal (RJ\2006\7103)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1315/2007 de 5 de enero, Sala de lo Penal (RJ\2007\279)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1110/2007 de 19 de diciembre, Sala 2ª de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 322/2008 de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2008\4076)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 136/2009 de 10 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2009\1339)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 395/2009 de 16 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2009\4842)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 649/2010 de 18 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ 2010\6684)

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 768/2010 de 15 de septiembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2010\7823)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1140/2010 de 29 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2011\135)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 861/2011 de 30 de julio, Sala de lo Penal, Sección 1ª. (RJ\2011\5681)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1023/2011 de 5 de octubre, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2011\6863)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 100/2012 de 23 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. (RJ\2012\2962)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 654/2012 de 26 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2013\6731)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 974/2012 de 5 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2013\217)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 204/2013 de 14 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. (RJ\2013\2041)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 436/2013 de 17 de mayo, Sala 2ª de lo Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 654/2013 de 26 de junio, Saña de lo Penal Sección 1ª (RJ\2013\6731)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 575/2013 de 28 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2013\8067); (JUR\2013\243094)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 861/2011 de 30 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2011\5681)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/2013 de 1 de julio, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ\2013\6734)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 910/2013 de 3 de diciembre, Sala 2ª de lo Penal.

Bibliografía

- ARMERO VILLALBA, S., «Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso», Madrid, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2010.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.; «La protección del testigo víctima en la LO 1971994 de 23 de diciembre del proceso penal español y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012», *Revista general de Derecho Procesal*, 2013.
- CARODOSO PEREIRA, F.; «Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», 2012, Salamanca.
- CARTAGENA PASTOR, F.J, «Protección de testigos en causas criminales: la ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (*)» *Boletín de información, Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1758, 1995
- CUBILLO LÓPEZ, I.J., «La protección de testigos en el proceso penal», Civitas 2009, Navarra.
- FERREIRO BAAONDE, X., «La víctima en el proceso penal», *La Ley*, 2005
- FONT SERRA, E.; «Delimitación práctica del concepto de testigo y perito», en Aportaciones del profesor Eduardo Font Serra a la Doctrina Jurídica, *Ministerio de Justicia*, 2004.
- FORTETE, C., «Modalidades especiales de recepción del testimonio: victimización secundaria y derecho de defensa», *La Ley*, 2008.
- FUENTES SORIANO, O.: «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho procesal* nº 1, de 1996
- GARCÍA PÉREZ, J.J «Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen dedicado a La criminalidad organizada, 2001.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., «El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 58. 2006-1
- GÓMEZ CINTAS, «La protección de los testigos en el proceso penal», Barcelona, Bosch, 2001.

- GONZÁLEZ BLANCO, A., «Los testigos y peritos protegidos en el orden penal», *www.asdua.es*, 2011.
- GUZMÁN FLUJÁ, V.C.; «El agente encubierto y las garantías del proceso penal» Valencia, *Tirant lo Blanc*, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El anonimato y la ocultación del testigo» Aranzadi, 2009
- MARTIN RÍOS, M^a. P «*Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*», Atelier, 2012.
- MONTAÑES PARDO, M.A., «*La presunción de inocencia*», Aranzadi, 1999.
- MORENO CATENA, V., «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», *Doctrina*, núm. 4, 1999
- NAVARRO VILLANUEVA, C., «Protección a testigos y peritos», *Revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 2009
- PICÓ I JUNOY, J.; «Problemas actuales de la justicia penal: Los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas...», *J. M. BOSCH*, 2001.
- PIÑERO ZABALA, Igor., «Los denominados “testigos de referencia” en los delitos de violencia de género», *La Ley*, 2011.
- PRAT WESTERLINDKH, C.; «*No es suficiente proporcionar a los letrados la identidad de los testigos anónimos*», Aranzadi, 2013.
- RIVES SEVA, A.P.; «El testimonio de referencia en la Jurisprudencia Penal», *Noticias Jurídicas*, 2000.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C., «La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales», *La Ley*, 2006
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.; «El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. «Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal», *La Ley*, 2009.

- ZARAGOZA AGUADO, J.A. «La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de estas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002-1, núm.7.
- <http://www.lexdiario.es/noticias/110147/publicada-la-orden-europea-de-proteccion> (20 de enero de 2014)
- <http://www.hablamosdeeuropa.es/prensa/noticias/mayor-proteccion-a-las-victimas-de-la-violencia-domestica-en-virtud-de-la-nueva-legislacion-de-la-union-europea> (17 de enero de 2014)
- http://politica.elpais.com/politica/2012/11/09/actualidad/1352491297_489939.html (17 de enero de 2014)
- <http://sitios.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol101/capacitacion/notacp8.html> (20 de enero de 2014)
- <http://www.atmosferapolitica.com/wp-content/uploads/2011/12/Referentes-internacionales-programas-de-proteccion-a-testigos.pdf> (22 de enero de 2014)
- http://www.justicia.pr.gov/rs_template/v2/Nie/v3/nie_prot.html (14 de febrero de 2014)
- <http://prodavinci.com/2012/04/20/actualidad/como-funciona-el-programa-de-proteccion-de-testigos-en-usa-por-albinson-linares/> (22 de enero de 2014)
- http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/Ciudadanos_que_el_Estado_hace_desaparecer_.html?cid=35018702 (5 de marzo de 2014)
- <http://id.tudiscovery.com/mitos-y-verdades-sobre-los-programas-de-proteccion-de-testigos/> (5 de marzo de 2014)
- http://www.el-nacional.com/mundo/Programa-proteccion-EE-UU-terroristas_0_191381154.html (23 de enero de 2014)
- http://www.oas.org/es/sla/dlc/proteccion_testigos/legis_pais.asp

- <http://www.uca.edu.sv/virtual/comunica/archivo/mar302007/notas/nota41.htm> (5 de marzo de 2014)
- <http://www.elcorreo.com/vizcaya/20130310/local/mejor-confidente-trafficante-201303041202.html> (14 de abril de 2014)
- <http://www.interviu.es/reportajes/articulos/guerra-en-interior-por-el-control-de-los-confidentes> (14 de abril de 2014)
- http://www.cadenaser.com/opinion/articulo/confidentes-repudiados-necesarios/csrsrpor/20111210csrsropi_1/Tes (14 de abril de 2014)

ANEXO I

Ley de Protección a Testigos y Peritos **Ley Orgánica 19/1994, de 23 diciembre**

JEFATURA DEL ESTADO

BOE 24 diciembre 1994, núm. 307, [pág. 38669].

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible 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.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha

entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el artículo 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los artículos 2 y 3, contiene el artículo 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

Artículo 1. [Ámbito de aplicación]

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

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

Artículo 2. [Procedimiento]

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, 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 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.

Artículo 3. [Medidas de protección]

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar 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 que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Artículo 4. [Modificación o suspensión de las medidas]

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3. 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 los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

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 consideraran 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.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. [Rango normativo]

El artículo 3.2 de esta Ley tendrá el carácter de Ley ordinaria.

Segunda. [Reglamentación]

El Gobierno en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL

Única.

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO II

ENTREVISTA A AGENTES POLICIALES ACERCA DE LA COLABORACIÓN DE LOS CONFIDENTES EN EL ESCLARECIMIENTO DE LOS DELITOS

Día:

Cuerpo policial al que pertenece y cargo que desempeña:

1. ¿Cuántos años lleva en el ejercicio de su profesión?
2. Por su profesión, ¿cuántos años lleva usted tratando con confidentes?
3. ¿Qué es un confidente? (*¿Cómo se ponen en contacto con ellos? ¿Es la policía la que contacta con el confidente, o es el confidente quién acude a ustedes y ofrece su colaboración? ¿Cómo contactan con ellos (primer contacto y sucesivos – por teléfono, encuentros...)? ¿Quién trata con ellos directamente? ¿Qué condiciones se establecen entre la policía y el confidente? ¿Se plasman en algún documento? ¿Por qué hay personas que actúan como confidentes? ¿Qué esperan obtener?*)
4. ¿Con qué frecuencia colabora con confidentes? ¿Es habitual? ¿Cuán eficaz cree usted que es la colaboración del confidente?
5. ¿Para qué tipo de delitos se requiere la colaboración de los confidentes? ¿Por qué para estos casos?
6. ¿Es imprescindible la información aportada por los confidentes?
7. ¿Existe algún medio alternativo por el cual se pueda obtener la misma información que ha aportado el confidente? ¿Se hace un uso muy extenso de los confidentes? ¿Considera usted que el recurso a confidentes se debería limitar a ciertos casos? ¿Debería ser el uso de confidentes la última opción?
8. ¿Cómo se aporta la información facilitada por el confidente al proceso judicial? ¿Cómo la verifican? ¿Conoce algún caso en el que el confidente haya acabado formando parte como testigo en el proceso penal? ¿Se le ha otorgado algún tipo de protección?
9. ¿Se facilita la identidad del confidente a alguien? ¿Por qué?

10. ¿Cree que ha evolucionado la colaboración con confidentes en su tiempo de ejercicio? ¿Ha cambiado el trato de los confidentes con respecto a 15 – 20 años antes?

OPINIÓN PERSONAL:

11. ¿Considera que sería necesario regular la figura del confidente? (*delimitar en qué casos se puede acudir a confidentes y cuándo no, qué contraprestación se puede ofrecer...*)
12. El tratar con confidentes, ¿le supone alguna repercusión para su profesión? Si sabe usted que el confidente está involucrado en la acción delictiva perseguida, o quizá en otra, ¿debería delatarlo? O por el contrario, ¿debe continuar sin hacerlo en vistas de que pueda seguir siéndole útil?



La protección de testigos en el sistema penal español. Especial referencia a la figura del confidente. by [Pérez López, Vanessa](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>