



La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español ...

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho procesal.
Universidad Carlos III de Madrid*

A mi amigo Joaquín García Morillo,
en el día que nos dejó*

I. Introducción. La relevancia de la prueba en el proceso penal

La prueba es una actividad procesal, generalmente instada por las partes –salvo los poderes de dirección que se atribuyen al juez–, que tiene como finalidad esencial acreditar los hechos controvertidos expuestos por los litigantes en las respectivas alegaciones, de modo que se logre formar la convicción del juzgador a través de tal verificación. Por consiguiente, la resolución judicial será favorable para la parte que haya conseguido probar los hechos que sustentan su posición en el proceso –su pretensión o su oposición–, debiendo el juez tener por ciertos los hechos admitidos y los controvertidos que hayan resultado debidamente acreditados mediante la actividad probatoria.

En el proceso penal, aunque la prueba no presenta especialidades dignas de relieve, conviene plantear dos particularidades del mayor interés: de una parte, la vigencia del principio acusatorio impide al juez la búsqueda de las pruebas, de forma que el juzgador no podrá ordenar de oficio diligencias que intenten advenir o contradecir lo sentado y afirmado por las partes. De otra parte, los hechos necesitados de prueba son todos los que integran la conducta delictiva, puesto que en el proceso penal la admisión de los hechos no los dispensa de prueba, consecuencia ésta derivada de la indisponibilidad tanto de la acción penal como del *ius puniendi*, de modo que la acusación está gravada con la carga de probar todas y cada

una de las circunstancias fácticas que configuran el delito, porque, de no lograrlo, la sentencia que se dicte será de absolución del acusado.

Las dos posiciones enfrentadas que aparecen en todos los órdenes jurisdiccionales se convierten en particularmente severas cuando se trata del proceso penal, donde están en juego los derechos más preciados de la persona. En el proceso penal se enjuician y deciden dos cosas: en primer lugar, si ha existido una vulneración del núcleo de bienes jurídicos que mayor protección recibe por parte del ordenamiento –la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc.–, a través de conductas especialmente reprochables por el conjunto de la sociedad; en segundo lugar, de haberse producido tal vulneración, se trata de la aplicación de penas, de sanciones que van a privar de su libertad, en sus diferentes formas, o de su patrimonio a quien resulte declarado como responsable en la sentencia.

Por tanto, en el proceso penal tal vez con mayor intensidad por su trascendencia, cada una de las partes va a pretender el triunfo de su propia posición mediante la aportación de las pruebas suficientes: la acusación, porque si no prueba cumplidamente verá rechazada su petición de condena; el acusado, porque las consecuencias de la respuesta penal son especialmente gravosas para él. En definitiva, y precisamente por los bienes jurídicos que se ventilan en un proceso penal, sea la libertad en sus diversas manifestaciones, sea el patrimonio de quien aparece como acusado, la ac-

* 14 de julio de 1998. Esta tarde, como tantas otras, he llamado a casa de Joaquín y me he enterado de la noticia. Es un desatino. Hubiera querido abandonar estas páginas pero he decidido terminarlas, de todos modos, en homenaje a un gran jurista, a un trabajador infatigable –hasta donde le han permitido las fuerzas– y, por encima de todo, en homenaje a un amigo. Vaya en su memoria lo que de útil pueda haber en este artículo, abruptamente terminado como abruptamente se ha ido Joaquín.

tividad probatoria puede generar riesgos que en otros órdenes jurisdiccionales son, sin duda, mucho más remotos.

El proceso penal, en buena lógica, coloca al imputado en una posición de rechazo frontal de la actividad del acusador, pues no puede observar impávido o indiferente cómo se van acumulando los medios que colocan «la soga alrededor de su cuello». Es decir, toda actividad de investigación que pretenda asegurar las fuentes de las pruebas de cargo desde el primer momento del procedimiento penal, o la actividad probatoria en el acto del juicio, van a generar un rechazo frontal y activo de parte del imputado, del concernido por ellas; el imputado no puede mostrar en buena lógica un entusiasmo indescriptible cuando se vayan aportando en el proceso elementos para obtener del instructor la adopción de medidas que limiten su libertad o la disposición de su patrimonio, o cuando en un momento procesal posterior, en el juicio, se pretenda que el juzgador dicte una sentencia que definitivamente le condene.

II. La vulnerabilidad de las pruebas personales

Sentada la trascendencia de la actividad probatoria en el proceso penal y el interés de las partes en el resultado favorable de la prueba como único medio para el triunfo de la posición que cada uno defiende, debe plantearse la posibilidad de que su celo acusador o defensivo les lleve a una búsqueda «desenfrenada» de elementos probatorios o al intento de desvirtuar o destruir los propuestos por la parte contraria, de modo que se vulnere el principio de lealtad o probidad en el proceso, porque la acusación y la defensa no se conduzcan con la debida limpieza y rectitud, de modo que se ha de poner el oportuno remedio en los casos en que esto ocurra.

Dos son, en efecto, las respuestas que el ordenamiento jurídico proporciona esencialmente ante una búsqueda de elementos de prueba, o ante una práctica probatoria, que transgreda la ley. Negativamente, a través de las nulidades procesales, impidiendo que el medio de prueba alcance la eficacia pretendida; positivamente, protegiendo las fuentes de prueba, para evitar en lo posible que sean manipuladas o influidas.

A este último respecto, en los diversos ordenamientos se contienen, con diversa intensidad y sentido, medidas positivas de protección de las fuentes de prueba, con el fin de evitar su destrucción, ocultación o manipulación. Con independencia de la custodia por los poderes públicos de las fuentes materiales de prueba en el curso de un proceso pe-

nal, esencialmente los documentos, así como de las medidas de aseguramiento de los instrumentos y efectos del delito y de las piezas de convicción que puedan utilizarse, las fuentes personales de prueba —es decir, la llamada al proceso de una persona para proporcionar sus conocimientos sobre los hechos debatidos— son las que están sujetas a mayores contingencias, por la facilidad con que se puede influir en la fuente probatoria, o cambiar el contenido de sus manifestaciones.

Las llamadas pruebas personales o, dicho en otros términos, los medios de prueba a través de los cuales se trae al proceso a una persona con la finalidad de que verifique determinados hechos y, de ese modo, se pueda formar el juez una convicción plena sobre ellos y sobre las circunstancias en que se produjeron, son esencialmente tres: las declaraciones del imputado, las declaraciones de testigos y los informes de peritos.

El tratamiento procesal de las declaraciones del imputado, sea durante la instrucción, sea durante el juicio oral, es en este momento histórico bastante claro: escrupuloso respeto de su derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, y de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, de tal modo que ha pasado de ser objeto de la prueba, como sucedía en el proceso penal inquisitivo, a convertirse en el sujeto protagonista del proceso penal, y su declaración se ha convertido en un medio más de defensa, cuando desee prestarla y con el contenido que tenga por conveniente. El conjunto de derechos que conforman la protección dispensada al agredido o atacado con la acusación parece suficiente.

Diferente es, sin duda, la posición procesal y material tanto de testigos como de peritos; es decir, aquellas personas físicas a las que se impone el deber jurídico de comparecer ante el tribunal y de rendir una declaración de conocimiento sobre los hechos que se enjuician. La doble exigencia legal (comparecer y rendir un testimonio o un informe veraz) tiene además anclaje constitucional en el deber de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.); en el caso que estamos analizando, colaboración con el aparato judicial penal para castigar conductas delictivas a cuyo efecto se recaba la participación de personas que puedan aportar sus conocimientos al proceso.

Al cumplimiento del deber de colaborar con la Administración de Justicia es preciso añadir el factor anímico de la persona del testigo o del perito, su reacción ante unos determinados hechos delictivos. Cuando intervienen en el proceso a sabiendas de que sus manifestaciones pueden contribuir a la imposición de una grave condena para el acusado, cabe pensar que los sentimientos —fa-

vorables o contrarios al imputado— que les haya producido la conducta delictiva lleguen a impregnar su declaración, o incluso el sentido de la misma. De este modo no es aventurado plantear que los testigos y peritos puedan tomar partido, adoptando posturas alejadas del escrupuloso respeto al deber de decir verdad y declarar exactamente lo que han sabido como peritos o han presenciado como testigos, y su dictamen o su declaración sea proclive a las conveniencias del acusado, o de todo punto contrario a su absolución.

Junto a los factores anímicos del testigo o perito es preciso considerar factores externos, ajenos a los sentimientos internos, y a este propósito hay que plantear la eventualidad de que el acusado, en su intento de lograr una sentencia absolutoria, llegue a utilizar cualquier mecanismo, lícito o incluso ilícito, y que hasta pretenda torcer el testimonio o el parecer técnico del perito a través de promesas, amenazas o coacciones, de manera que logre generar un temor o un riesgo en la fuente de prueba que obstaculice la limpieza de su declaración. A esta contingencia responden las medidas de protección de testigos y peritos que los modernos ordenamientos jurídicos contienen.

III. ¿Protección de testigos y peritos o protección de la investigación?

Hasta épocas recientes el legislador había sido insensible al problema de los riesgos de los testigos y de los peritos. Es más, la imposición del deber ciudadano de colaboración con la Administración de Justicia parecía título suficiente para recabar el concurso de peritos y testigos en un proceso penal, como un ejercicio de conciencia cívica, sea en la persecución de las conductas delictivas, sea para liberar a un acusado injustamente, sin tomar en consideración otras implicaciones relevantes.

El Estado ha venido considerando frecuentemente a los ciudadanos como meros instrumentos de su política y, en relación con el proceso penal, instrumentos de la política interior, de seguridad pública, sometiéndoles a deberes de colaboración apelando a su condición de miembros de la sociedad; en tal estado de cosas parecía preferible no reparar en que la colaboración exigida a testigos y peritos comporta cargas adicionales, a veces enormemente gravosas, e insoportables en algunas ocasiones, derivadas no ya del simple hecho de la obligada comparecencia, sino también, y sobre todo, de una declaración inculpatória para el acusado.

La despreocupación del ordenamiento jurídico por las necesidades y problemas de los testigos y peritos sólo podía entenderse como reflejo de una si-

tuación procesal completamente ajena al presente; en un primer momento, con el procedimiento inquisitivo y los expeditivos mecanismos para obtener la confesión del reo y la convicción del juez-inquisidor-acusador; luego, con la formación del sumario de la mano judicial y sin intervención del imputado que llegaba al juicio «ya vencido o, cuando menos, desarmado» (E. de M. LECRIM).

No logró arreglar la situación la ya centenaria LECRIM, pues los denunciados males que aquejaban a nuestro enjuiciamiento se perpetuaron durante décadas y la sentencia se dictaba hasta hace muy poco tiempo sólo a base de las diligencias practicadas durante la instrucción y sin una efectiva contradicción; al imputado sólo le era permitido intervenir tras dictarse auto de procesamiento, resolución que recaía cuando la investigación prácticamente había concluido. Así las cosas, y al haberse obtenido los elementos probatorios de las diligencias no contradictorias practicadas por el juez instructor y el Ministerio Fiscal, los testigos y peritos gozaban de una entera libertad para expresarse (por lo general, en sentido incriminatorio).

La entrada en vigor de la Constitución, la apertura al exterior de las estructuras autárquicas españolas y la mejora del bienestar social trajeron de la mano nuevas situaciones y nuevas soluciones que, en lo que afecta al tema estudiado pueden resumirse en: a) garantía de los derechos de los imputados en los procesos penales, salvaguardando su más escrupuloso respeto, b) aspiración de los ciudadanos a la indemnidad más perfecta, de modo que tanto las personas como su patrimonio estén a cubierto de cualquier daño posible, y c) aparición de fenómenos lejanos o desconocidos en nuestro país en el campo de la delincuencia, en especial la delincuencia organizada.

Tales circunstancias generaron un progresivo retraimiento de los testigos y peritos llamados a colaborar con la justicia, al colocarse en una insoportable situación de riesgo por el mero hecho de declarar en un proceso penal de acuerdo con su leal saber y entender, poniendo en peligro sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus seres más cercanos; de otro lado, los llamados al proceso no tenían contrapartida alguna; sólo el deber genérico de colaborar con la justicia, al lado de una total despreocupación de los poderes públicos para sofocar la amenaza o disminuir el riesgo hasta límites soportables, puesto que las dos medidas a utilizar —la celebración de vistas a puerta cerrada o la amenaza de sanción penal (art. 464 C.P. vigente)— eran de todo punto inconducentes a eliminar el riesgo de testigos y peritos.

En este estado de cosas se aprueba en España la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, donde se

contienen medidas que pretenden ser una respuesta sistemática y novedosa al problema de la falta de asistencia para con peritos y testigos. Con ella parece que se intenta intervenir normativamente en defensa de estas personas y salvaguardar, por encima de cualquier otra consideración, la integridad física y el patrimonio de quienes se ven obligados a comparecer en un proceso penal a prestar testimonio o informe.

En realidad, al legislador, como confiesa en la propia exposición de motivos, no tanto le preocupa la seguridad o indemnidad de los llamados como testigos o peritos al proceso como los problemas de persecución penal, de impunidad de presuntos delincuentes, precisamente de los que cuenten con más recursos para delinquir. Es decir, en alguna medida se pretende obtener una coartada moral para exigir la comparecencia y la declaración de estas personas en los procesos penales, de modo que no puedan ya escudarse en el temor o en la amenaza; prima, pues, sobre la protección de quien es llamado a colaborar con la Administración de Justicia, el objetivo de la eficacia en la persecución penal.

Es decir, que la protección dispensada por la ley tiende esencialmente a proteger una administración eficaz y equitativa de la justicia penal desde la triple perspectiva del interés del Estado, del beneficiario de la protección y del imputado: en primer lugar, el interés del Estado en facilitar la investigación criminal y luchar contra la delincuencia; en segundo lugar, el interés del testigo o del perito en declarar con plena libertad, sin verse sometido a ningún tipo de presión a consecuencia de su intervención en el proceso; por último, el interés del propio imputado en conocer todos los datos de la acusación para el pleno ejercicio de su derecho de defensa.

En efecto, como se sostiene en el derecho angloamericano, no se confiere un derecho subjetivo al anonimato o a la protección en favor del testigo o perito, sino que la justificación de las medidas es la consecución del interés público de control y erradicación de la criminalidad.

IV. Sujetos amparados por las medidas

El artículo 1.1 de la Ley orgánica 19/1994 dispone que «las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales».

El ámbito subjetivo, al menos positivamente, aparece perfectamente delimitado: todos aquellos que sean llamados a un proceso penal como testigos o como peritos pueden ser amparados con las medidas a las que luego haremos referencia. Sin

embargo, es preciso explicar dos cosas: por una parte, algunos supuestos que no tienen encaje perfectamente en el concepto de testigo; por otra parte, la razón de incluir en la protección a quienes son por naturaleza fungibles, los peritos, ya que salvo contadas excepciones los conocimientos científicos, artísticos o prácticos no son patrimonio exclusivo de una persona.

A) LOS TESTIGOS

La referencia a los testigos en el texto de una ley procesal debe entenderse en su sentido más estricto; son testigos las personas físicas que aparecen como terceros, ajenos al proceso, que son llamados a prestar declaración sobre los hechos históricos que conocieron fuera del proceso y que son relevantes para la decisión judicial. La condición de tercero comprende, pues, a todo aquel que carezca de interés directo en la resolución del proceso, y al propio tiempo excluye tanto a la autoridad judicial como a las partes acusadoras y acusadas. La cualidad de testigo se adquiere con el llamamiento judicial, sea a propuesta de las partes, sea de oficio durante la instrucción, de tal modo que por mucho que sepa una persona acerca de los hechos que se enjuician si no es citada a comparecer por el juez o tribunal no adquirirá la cualidad de testigo; al propio tiempo, aunque una persona desconozca absolutamente los hechos por los que se procede, si es llamada a declarar como testigo se le otorga tal condición por ese solo hecho.

B) LOS ACUSADORES; ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL OFENDIDO

No existe en el proceso penal español regulación de las declaraciones que puedan prestar las partes, ni acusadoras ni acusadas, si bien no cabe duda alguna de que, salvo el representante del Ministerio Fiscal, que debe abstenerse de intervenir en el proceso (art. 96 LECRIM), quienes ocupen la posición procesal de parte y las víctimas, aunque procesalmente estén ausentes del procedimiento, podrán prestar declaración cualquiera que sea su posición procesal.

Efectivamente, las declaraciones que pueden prestar tanto los imputados como quienes ocupan formal o materialmente una posición actora pueden ser del mismo tipo que las prestadas por un testigo, en la medida en que supongan una aportación cognoscitiva al procedimiento; esto no implica sin embargo que pueda considerarse como testimonio, porque el hecho de que una persona a quien no corresponde la cualidad de testigo reali-

ce un acto que en cierto sentido se encuentre cercano al testimonio no es suficiente para calificarlo como tal.

No obstante, difiere notablemente a todos los efectos el régimen legal aplicable a los imputados y a los interesados en una posición actora, pues a los primeros no les alcanzan los deberes de declarar y decir verdad exigibles a los testigos, aunque deban comparecer en el proceso (como señala la S.T.S. de 6 de mayo de 1998, no se puede perseguir por falso testimonio al imputado que cambia sus declaraciones). Teniendo en cuenta la diferente posición que ocupa el imputado y el ofendido, y el riesgo que la declaración pueda generar, se ha de ser extremoso en la protección al declarante en razón de dicho riesgo, pues precisamente la ley establece mecanismos de salvaguarda a favor de quienes lo hacen en contra del imputado.

A falta de previsión normativa que regule la declaración del acusador-ofendido, es lo cierto que éste, cuando conoce los hechos delictivos y presta declaración, no ocupa una posición procesal similar a la del imputado, sino más cercana a la de los testigos, y en su órbita debe situarse, puesto que a los testigos lo asimilan los deberes a que se ve sometido —tanto de comparecer, como de declarar y de decir verdad—, aun cuando su declaración falsa parece que debe integrar el delito de acusación o denuncia falsa y no el de falso testimonio.

Está claro que en no pocas ocasiones la víctima habrá podido presenciar los hechos delictivos y deberá prestar declaración sobre ello. El Tribunal Supremo ha reconocido la asimilación del ofendido al estatus del testigo en reiteradas ocasiones (así, en las S.S.T.S. de 29 de noviembre y de 4 de febrero de 1991, en donde se dice que «se ha de entender por testigos no sólo a los terceros conocedores de la relación delictual, sino también al ofendido, perjudicado o víctima, cuya normativa, al igual que la del acusado, está huérfana de regulación legal»). No obstante, no se le oculta al Alto Tribunal que existe una nota intrínseca al testigo (y al perito) que no se da en la víctima, cual es la alteridad del primero respecto del delito (en la S.T.S. de 18 de diciembre de 1991 se declaraba que «la diferencia esencial entre el testigo, sin más adjetivos, y la víctima testigo es que aquél es ajeno al proceso y ésta no»), porque la víctima no es, en efecto, un tercero ajeno a la realidad que dio origen a la apertura de la causa.

En realidad, la Ley orgánica 19/1994 proviene de una Proposición de Ley que se rubricaba precisamente de «Protección a denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales», en cuyo artículo 1 ya se aludía de modo expreso a los denunciantes, mención repetida en todos los preceptos en los que se hacía referencia a los favore-

cidos por los beneficios de esta disposición legal. Este ámbito específico pretendió ampliarse, añadiendo también a las víctimas en alguna enmienda, que naturalmente no llegó a prosperar. Al final, como es conocido, desapareció la primitiva alusión a los denunciantes y no prosperó la referencia a las víctimas, sin razón suficiente que justificara tal decisión.

Si se tiene en cuenta que el acusador particular, la víctima del delito, es la persona física o jurídica que, por haber sido ofendido o agraviado por los hechos delictivos, se constituye en parte activa en el proceso penal instando el castigo del responsable criminal, es obvio que por esta especial relación que le une con el delito y con el delincuente está llamado a sufrir en primera persona las represalias del acusado desde el momento en que llegara a prestar declaración contra él. Éste es, sin duda, un motivo más que suficiente para considerar idónea la institución de un mecanismo protector que le permita, al propio tiempo que cumple el deber de colaboración con la justicia penal, la defensa de sus derechos en el proceso.

Así pues, en tanto no se cree un mecanismo específico de protección a las víctimas de los delitos, que habría de contemplar todas y cada una de las facetas procesales que se dan en la persona del ofendido por razón de su relación con el delito mismo y con la persona del imputado, deben amparar a los ofendidos por el delito las disposiciones de la Ley orgánica 19/1994, de igual modo que en la práctica forense se permite la asimilación de su estatuto al de los testigos. Esencialmente, porque las razones que llevaron a aprobar la ley de protección a testigos y peritos le son de entera aplicación al ofendido o perjudicado por el hecho delictivo que puede correr idéntico riesgo que el testigo o el perito, y porque, además, el sentido de la protección dispensada al amparo de esta ley obedece no tanto a la naturaleza de la prueba (testifical o no), sino a las especiales circunstancias que convergen en cada tipo delictivo, y que pueden ser particularmente comprometedoras para la víctima por su vinculación con el autor del delito. Si a esto se añade que se cumple el fin último perseguido con la ley, de modo que la verosimilitud de los datos que la víctima pueda aportar resultan fundamentales para la investigación, es obligado entender que en el ámbito de la Ley orgánica 19/1994 ha de incluirse el ofendido por el delito dentro de su ámbito de aplicación.

C) LOS COIMPUTADOS

Habiendo desechado la inclusión de las declaraciones de los imputados en el ámbito de la Ley or-

gánica 19/1994, puesto que no están obligados a declarar ni, si prestan declaración, tienen el deber de decir verdad, es lo cierto que en el curso de un proceso penal puede aparecer una situación procesal singular cuando son varios los imputados, en el caso de que alguno de ellos se decida a prestar declaración y lo haga con un contenido inculpativo para otro de los que se encuentran en la misma posición procesal.

Estas declaraciones de un imputado en contra de otro se han calificado de testimonios impropios, ya que no son asimilables ni a la confesión, ni al testimonio, si bien traen a la causa afirmaciones fácticas extraídas de fuera del proceso, denominación y línea interpretativa que se inicia con la S.T.S. de 12 de mayo de 1986 y llega a la actualidad, siendo acogida por el T.C., aun cuando deba sostenerse la artificiosidad de esta construcción para otorgarle valor de elemento probatorio.

La jurisprudencia viene estimando que las declaraciones inculpativas de un coimputado no son desdeñables y pueden ser tenidas en cuenta, atribuyéndoles credibilidad como prueba de cargo suficiente, capaz de destruir la presunción de inocencia del imputado contra quien se declara, siempre que se valoren a la luz de un conjunto de elementos especialmente orientadores, tales como la personalidad del delincuente y las relaciones que precedentemente mantuviese con el señalado como copartícipe; la posible existencia de motivos particulares, tales como venganza o resentimiento, que llevándole a la acusación de un inocente permitan tildar el testimonio de falso o espurio; o la búsqueda de una eventual coartada que facilite su exculpación (S.T.S. de 21 de mayo de 1986).

Son dos los problemas que plantea la declaración de los coimputados y que constituyen el punto álgido del debate en torno a su inclusión dentro del ámbito de actuación de la Ley orgánica 19/1994. El primero de ellos viene dado por la condición de «imputado» de la persona llamada a declarar, pues no parece, en principio, tolerable medir con el mismo rasero a quien declara en el cumplimiento de su deber ciudadano de colaborar con la Justicia (cuyo incumplimiento, por otra parte, es sancionable de acuerdo con la legislación penal vigente) y a quien lo hace como consecuencia de su participación en los hechos que se enjuician. Sin embargo, la aplicabilidad de la Ley orgánica 19/1994 no debe basarse en la naturaleza de la declaración (testimonial o correal), sino en la existencia de razones objetivas suficientes que determinen la necesidad de otorgar la protección (véase a este propósito el Decreto italiano de 1991 sobre el particular, donde se disponía que «por motivos de seguridad graves y urgentes el Fiscal del Estado puede autorizar a la Policía Judicial a custodiar a

las personas arrestadas o detenidas en lugares distintos a la cárcel durante el tiempo estrictamente necesario para definir el programa especial de protección»).

En segundo lugar, la credibilidad del testimonio del coimputado ha de someterse a un riguroso control por parte del tribunal sentenciador, habida cuenta de que la ausencia del deber de ser veraz en la declaración puede ser utilizada por el co-reo como acicate para prestar declaración contra el imputado principal, atribuyéndole participación o responsabilidades falsas, lo que en todo caso puede originar represalias por imputado a quien la declaración perjudique y le mueva a ordenar actuaciones en contra del coimputado.

Adoptadas las prevenciones a que se ha hecho referencia para valorar la credibilidad de las declaraciones de los coimputados, estimándolas como prueba de cargo, e independientemente de que jurídicamente esta actuación procesal se considere como un testimonio impropio o merezca cualquier otra calificación jurídica, es lo cierto que el riesgo que se genera para el declarante con estos testimonios no sólo es equiparable, sino que excede en la mayoría de los casos del que se asume por los testigos. No es sostenible que se pudiera infligir un daño a las personas o bienes del declarante o a sus seres más cercanos por razón de una declaración inculpativa que no resulte tachada de ninguno de los óbices exigibles para su consideración como prueba de cargo. Por ello, habiendo identidad de razón jurídica, la aplicabilidad de algunas medidas de protección a los coimputados parece abonada, y aunque no les alcanzaría la ocultación de la identidad, todas las demás medidas de protección, empezando por la separación física del co-reo contra el que prestaron declaración, podrían sin dificultad adoptarse cuando concurran los presupuestos previstos en la ley.

D) LOS PERITOS

Causa en un principio cierta extrañeza la inclusión de los peritos en el ámbito de protección de la Ley orgánica 19/1994, siendo así que por su propia naturaleza los peritos son fungibles, de modo que salvo con muy contadas excepciones, no existe una única persona que pueda proporcionar al juez conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos, sino que, de existir riesgo grave para la vida o los bienes del perito, éste podría ser sustituido por otro especialista. El perito ha sido tradicionalmente considerado por las leyes procesales españolas como un profesional imparcial, estableciéndose los mecanismos precisos para denunciar, a través de la recusación, las cau-

sas que pudieran poner en riesgo dicha imparcialidad, ya que su dictamen tendrá una importancia decisiva a la hora de la sentencia definitiva, al aportar al proceso conocimientos de los que el juez carece.

Por consiguiente, la justificación de que aparezcan los peritos como sujetos que pueden ser amparados por las medidas de protección se puede fundamentar en dos razones: de un lado, en la relación personal en un proceso concreto del perito con el acusado que puede poner en riesgo su vida o sus bienes, en cuyo caso podrá el perito excusarse, si lo desea, y el juez debería estimar la excusa y designar otro, o bien aceptar el cargo y pedir la adopción de las medidas de protección, que debe acordar la autoridad judicial. De otro lado, y pareciera el marco en que la Ley orgánica 19/1994 se desenvuelve, puede suceder que el riesgo no se individualice en un solo perito, sino que se extienda a todo aquel que emita informe, por la personalidad o las amenazas proferidas por el imputado con carácter general; esta situación sería típica de la criminalidad organizada, cuya influencia dañosa se extiende potencialmente mucho más allá de los concretos individuos de la organización; en tales casos deben acordarse por el juez las medidas que amparen suficientemente al perito que finalmente se vea obligado a colaborar con la justicia penal.

Un supuesto muy particular, ya que goza del carácter de auxiliar de la justicia y, de algún modo, de experto, es el de los intérpretes. Por las similitudes que esta figura presenta con la del perito (con el que tiene en común la nota de fungibilidad, que permite su sustitución por otro profesional con las mismas cualidades) cabe incluirlos dentro de la cobertura protectora de la norma.

La ausencia de obligación legal de manifestar la identidad de estos sujetos justifica la aplicación de la protección en la extensión que sea precisa, habida cuenta de que su función en el proceso es meramente instrumental, por lo que la adopción de medidas de protección visual u oral no afectaría al resultado de la declaración que el testigo -y no el intérprete- efectúe. A efectos de responsabilidad por incumplimiento de sus deberes, la identidad de estos sujetos deberá ser puesta en conocimiento de las autoridades.

E) LOS ALLEGADOS

La Ley contempla la posibilidad de extender su campo de protección a quienes estén ligados al declarante por vínculo familiar o afectivo, siempre y cuando concurra también en su persona, libertad o bienes la circunstancia de peligro grave, en ra-

zón del testimonio prestado por el testigo o perito (art. 1.2).

Son tres los requisitos exigidos para obtener la protección: a) la relación de parentesco o de análoga afectividad; b) la existencia cierta de un grave peligro sobre sus personas (art. 1.2, en relación con el 4.1); c) que esta situación de riesgo en que se encuentren sea consecuencia directa de la actividad procesal del perito o del testigo al que se encuentren vinculados, es decir, que puedan sufrir represalias por el hecho de que se preste declaración o informe pericial (se trata de un riesgo independiente del que pueda acechar al testigo o perito, de modo que la protección puede acordarse aunque el peligro sea ajeno a éstos últimos).

La valoración que ha de llevar a cabo la autoridad judicial para ordenar las medidas de protección es en estos supuestos mucho más simple, puesto que en ningún caso van a interferir en el curso del proceso que, como se dirá, es el problema esencial que plantean las que se adoptan en relación con los peritos y testigos.

V. Tipos de medidas de protección

El conjunto de medidas de protección que contiene la Ley orgánica 19/1994 puede agruparse esencialmente en dos grandes bloques: aquellas que no afectan al desarrollo del proceso y aquellas otras que pueden suponer un menoscabo del derecho de defensa. Esta clasificación responde a los efectos que sobre el proceso puede producir la adopción de algunas medidas, así como de la autoridad que podría acordarlas, con independencia de la previsión legal.

A) MEDIDAS QUE NO AFECTAN AL DESARROLLO DEL PROCESO

En la Ley orgánica 19/1994 se prevén una serie de medidas de protección que no afectan el normal desarrollo del proceso penal. Se trata de la utilización de vehículos oficiales para el transporte de los afectados, de la prestación de protección policial, de la provisión de medios económicos para cambiar la residencia y lugar de trabajo, o proporcionarle al protegido una nueva identidad (art. 3.2).

En tales supuestos se arbitran medidas de protección activa, para garantizar la integridad y el adecuado desenvolvimiento de la vida social del protegido, que en nada perturban la marcha del proceso ni modifican las reglas y los papeles a desempeñar por los distintos actores en el curso del mismo, pues su aplicación es siempre extraprocesal y en ellas no

hay asomo de intromisión en los derechos procesales del imputado, que cuando se ordenan medidas del otro grupo pueden verse afectados con mayor o menor intensidad.

La cuestión esencial que cabe plantear es si para que se adopten estas medidas extraprocesales es necesario que lo ordene o aprecie la autoridad judicial, como parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley, o bien podrían –y deberían– acordarse por otra autoridad, bien se trate de los responsables de la seguridad pública, de oficio o a petición del interesado o a petición del Ministerio Fiscal, bien se encomiende a éste último si finalmente consigue adquirir un mayor grado de competencia y compromiso en la investigación penal y en el desarrollo del proceso. La justificación de que se exija resolución judicial para el otro grupo de medidas es clara, puesto que se han de ponderar bienes jurídicos posiblemente enfrentados y afectan al desarrollo del procedimiento, pero en el caso que ahora se analiza, sea a favor de los testigos o peritos, sea, con mayor razón, a favor de los allegados a éstos, carece de razón de ser que el otorgamiento de la protección y las medidas concretas en que se plasme deban quedar confiadas al criterio de la autoridad judicial.

B) MEDIDAS DE PROTECCIÓN *VERSUS* DERECHOS DE DEFENSA

Algunas medidas de protección a testigos y peritos, estén dispersas o sistematizadas en un texto legal, pueden suponer modificaciones de las reglas del juego procesal; es decir, la protección de los testigos o peritos puede llevar aparejada una desatención correlativa, en mayor o menor medida, de otros derechos procesales.

El sentido de la protección de testigos y peritos se ha inclinado siempre a la garantía de las pruebas de cargo, de las pruebas propuestas por la acusación, en la medida en que se ha entendido que las posibles amenazas provendrían del acusado, por lo que el análisis debe centrarse en la protección de las pruebas personales propuestas por la acusación, en la medida en que se vean amenazados por el acusado o su entorno.

Están indudablemente en juego dos bienes jurídicos de diversa entidad: el derecho estatal de penar, el *ius puniendi*, que se realiza a través del proceso, y el derecho de defensa del acusado. A este respecto hay que señalar, en primer lugar, que el derecho de defensa es un derecho fundamental (art. 24.2 C.E.) al que se le dispensa una especial y privilegiada protección, en tanto que la persecución penal no es ningún derecho fundamental, por más que el Estado deba garantizar la seguridad

pública; tal garantía sólo puede hacerse con los medios que la Constitución y el ordenamiento jurídico pone a disposición de los poderes públicos, pero respetando y, lo que es más, promoviendo el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 9 C.E.).

Partiendo de que el derecho de defensa tiene, como todos los derechos fundamentales, un carácter relativo y susceptible de ser limitado, debe ponderarse en qué medida las agresiones que se le puedan aplicar respetan su contenido esencial, o son de tal manera desproporcionadas que el derecho resulta irreconocible.

El derecho de defensa, amparado en el artículo 24.2 de la C.E., comprende en realidad un conjunto de derechos instrumentales que atribuyen a la persona que se ve sometida a un proceso –y muy especialmente a un proceso penal– posibilidades de reacción frente a la agresión que la acusación ha introducido en el proceso, interviniendo en él de tal manera que la condena sólo pueda sobrevenir de una confrontación real de las dos partes procesales, respetando la igualdad entre ellas.

Uno de los esenciales derechos de la defensa, junto con el derecho a la asistencia de abogado, para preparar y diseñar con él la estrategia de su actuación procesal, es el derecho a la prueba o, dicho en términos del artículo 24.2 de la C.E., el «derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Este derecho a la prueba, en relación con la efectiva contradicción procesal, debe contemplarse desde una doble perspectiva: no se trata sólo, aunque también, de poder proponer y practicar la prueba que conduzca a acreditar la inocencia, sino esencialmente de poder intervenir en la prueba de la acusación, para desacreditar la fiabilidad o las consecuencias que la acusación pretenda extraer de un concreto medio probatorio.

El respeto del derecho a defenderse probando exige, por lo que hace a los testigos –sin duda extensible a los peritos–, que se le permita al acusado «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra» (art. 6.3.d] del C.E.D.H.).

Para hacer realidad este derecho, para que no se convierta en una declaración ilusoria, es preciso proporcionar al acusado y a su defensor los elementos necesarios, sin que resulte lícito hurtarles datos, elementos o informaciones que le impidan un ejercicio efectivo del derecho a la prueba. Precisamente en las páginas que siguen se van a confrontar desde esta óptica las medidas que el ordenamiento introduce para proteger a los testigos y peritos; no sólo desde el análisis de su eficacia,

sino esencialmente desde la confrontación con el derecho de defensa.

Se trata de medidas que persiguen todas ellas proteger la identidad del testigo o del perito, con más o menos intensidad, e intentan evitar que se conozca cualquier dato que pueda facilitar su localización e identificación, pudiéndose acordar de oficio o solicitar tanto por el afectado como por el Ministerio Fiscal.

Para la protección de la identidad, se permite que el Juez de Instrucción decida, de oficio o a instancia de parte (art. 2): 1) que no consten en las diligencias el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pueda servir para la identificación de testigos y peritos, pudiéndose utilizar para ello un número o cualquier otra clave; 2) que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; 3) que se fije como domicilio, a efectos de notificaciones, la sede del órgano jurisdiccional, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

La primera de las medidas está prevista para la fase de investigación, hasta el punto de que, de acuerdo con el artículo 4.3 de la ley, al inicio del juicio oral podrá pedirse que se revele la identidad de los testigos y peritos propuestos por la acusación, y el tribunal «deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley». Pocas alternativas quedan de la lectura del precepto, si no fuera porque quien solicite conocer la identidad de los testigos o peritos protegidos ha de hacerlo «motivadamente», lo que parece invocar no sólo que ha de fundamentarse la petición, sino que si la fundamentación es inexistente o insuficiente pueden denegarse los datos pedidos. La virtualidad del último inciso de esta norma, salvo que quiera referirse a las medidas extraprocesales, resulta muy debilitada, ya que aunque no se llegue a conocer el domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo o perito, e incluso aunque declare ocultando su físico, la identificación puede ser en muchos casos plena y generar el riesgo para la persona, su libertad o bienes.

Mayor importancia tiene sin duda la segunda de las medidas previstas en la ley, de aplicación tanto durante la investigación como en el juicio oral: la ocultación visual del declarante. La Ley no ha sido en absoluto explícita a la hora de especificar los posibles métodos que permitan al testigo, o perito, declarar *oculto* (en el sentido que lo hace la S.T.C. 64/1994).

Varias son las posibilidades que comúnmente se emplean en las Salas de vistas, tales como la declaración prestada desde la puerta de acceso a la

Sala (S.T.S. de 8 de julio de 1994) o, incluso, que lo haga fuera de la misma (S.T.C. 64/1994); el empleo de pasamontañas u otra vestimenta que oculte su fisonomía; la acomodación del mobiliario para estos fines, por ejemplo, mediante el empleo de biombo o cortinas que permitan al testigo o perito declarar en estrados, pero fuera de la vista del imputado (aunque no fuera del alcance del juez y demás funcionarios relacionados con la causa presentes en la Sala), o «detrás de la tribuna donde declaran los testigos para impedir que el acusado los viera» (S.T.S. de 14 de febrero de 1995).

Asimismo, en beneficio de la plena efectividad del anonimato pretendido mediante el uso de estos métodos, y puesto que el imputado puede reconocer al testigo oculto a través de su voz, caso de que le hubiere oído —lo cual es muy probable en el concreto supuesto de la víctima, así como cuando quien declara es un coimputado, o el confidente infiltrado que le delató— sería aconsejable la reglamentación del empleo de «distorsionadores» de voz, de modo que se prestara la declaración en presencia del acusado, y con plena garantía de los principios de inmediación, contradicción e igualdad de armas.

En cualquier caso, la primacía del derecho de defensa del imputado en el proceso penal conduce inevitablemente a extremar las cautelas para la adopción de medidas de protección a peritos o testigos que menoscaben, debiliten o impidan el ejercicio del derecho fundamental. No pueden ponerse reparos de ningún género a lo que hemos llamado medidas de protección positivas o activas, pero deben rechazarse las que, teniendo incidencia en el curso del proceso, pudieran afectar al derecho de defensa. Así pues, mientras el acusado pueda interrogar libremente al testigo y pedir al perito las aclaraciones que estime oportunas y el tribunal acepte, sean bienvenidas todas estas medidas; si la ocultación de la identidad impide al acusado aportar al proceso elementos que lleguen a poner en entredicho la credibilidad del testigo o no le permitan recusar al perito, es posible que estas fuentes de prueba a quienes se les llama para colaborar con la justicia estén más protegidos, pero el sistema procesal penal habrá fracasado rotundamente.

Valgan estas páginas como llamada de atención; naturalmente que se debe proteger la integridad física y el patrimonio de los ciudadanos, máxime cuando se ponen en riesgo por colaborar con funciones estatales. No obstante, esta protección no puede pasar por encima de los derechos fundamentales; probablemente hacerlo así es más cómodo; probablemente es más barato que dispensar una protección activa, utilizando los medios públicos para impedir los ataques a los declaran-

tes como testigos o peritos; pero si se utilizan atajos de esta naturaleza nos encontraremos en poco tiempo con un recorte real de las garantías procesales y de las libertades que cada vez desde más lugares van alumbrando.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: «La función de las garantías en la actividad probatoria», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pp. 217-242.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara: «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.º 2, pp. 409-439.

ASENCIO MELLADO, José M.^a: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

CARTAGENA PASTOR, Fausto: «Protección de testigos en las causas criminales. La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre», en *Boletín de Información y Ministerio de Justicia e Interior*, 15 octubre 1995, n.º 1.758, pp. 78-105.

FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: «La protección judicial de testigos y peritos en procesos penales al amparo de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de di-

ciembre», en *Actualidad y Derecho* (27 de febrero a 15 de marzo), n.º 9, pp.1-10.

FLORES PRADA, Ignacio: *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, «Jurisprudencia práctica» n.º 142, 1998.

FUENTES SORIANO, Olga: «La L.O. 19/1994, de protección de peritos y testigos en causas criminales», en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, n.º 1, pp.135-162.

GARCÍA QUESADA, María: «El miedo de los testigos», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1992, pp. 393-402.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: «El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral», en *Actualidad Penal*, 1994, n.º 2, pp. 723-742.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: «La prueba de testigos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Problemas que se suscitan en relación con el derecho a un proceso equitativo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1992, pp. 383-392.

PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José Ricardo: «Ley de protección a testigos y peritos», en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, 2.^a época, vol. 43/1, enero-junio 1995, pp. 167-220.

VELAYOS MARTÍNEZ, Isabel: «Protección de los testigos de cargo en el *Common Law*», en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, n.º 1, pp. 95-133. ☉