

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León

Curso 2018 /2019

LOS INTERESES CONTRAPUESTOS EN LA LEY
ORGÁNICA 19/1994, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y
PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES

THE OPPOSING INTERESTS IN THE ORGANIC LAW
19/1994, OF PROTECTION TO WITNESSES AND
EXPERTS IN CRIMINAL CAUSES

Realizado por el alumno D. Xesús Liñares Nistal

Tutorizado por el Profesor Dña. Piedad González Granda

ÍNDICE

PORTADA.....	1
ÍNDICE.....	3
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN /ABSTRACT.....	7
OBJETO DEL TRABAJO.....	8
METODOLOGÍA.....	10
I-CONTEXTO SOCIAL, HISTÓRICO Y JURÍDICO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES.....	13
1-Razones justificativas de la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección a testigos y peritos en causas criminales.....	13
2-Algunos antecedentes de Derecho comparado: en particular los casos Estadounidense e Italiano.....	22
3-Instrumentos internacionales relevantes: el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia.....	25
II-ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES.....	28
1-Ámbito subjetivo de aplicación.....	28
A) La figura del testigo.....	28
B) El perito como sujeto sometido a protección.....	30

C) La víctima-testigo y su intervención en el proceso.....	32
D) El coimputado como testigo protegido.....	34
E) El agente encubierto.....	37
2- Especial valoración de determinados testimonios	38
A) La víctima del delito.....	38
B) El coimputado.....	39
3- Ámbito objetivo de aplicación: ¿criminalidad organizada o <i>numerus apertus</i> ?.....	40
4- El concepto de criminalidad organizada.....	43
III-ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE DETERMINADOS CONFLICTOS DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PROCESALES.....	45
1-Planteamiento previo: el interés social y los intereses eventualmente contrapuestos del testigo o perito y del acusado.....	45
2-El conflicto de intereses en el testimonio anónimo.....	48
3-El conflicto de intereses en el testimonio oculto.....	52
4-La restricción de la publicidad en el acto del juicio oral.....	57
CONCLUSIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	64
WEBGRAFÍA.....	68
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	69

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

AN: Audiencia Nacional

AAN: Auto de la Audiencia Nacional

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

AP: Audiencia provincial

APTS: Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo adoptado de conformidad con lo establecido en el art. 264 de la LOPJ.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

DUDH: Declaración Universal del Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948.

EGAE: Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

FF.CC: Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.

GAL: Grupos Antiterroristas de Liberación.

LECrim.: Ley de Enjuiciamiento criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

LEVD: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

LOTJ: Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

LOPT: Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales.

PNV: Partido Nacionalista Vasco.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia Tribunal Supremo

TPIY: Tribunal Penal para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en la antigua Yugoslavia.

US CODE: United States Code.

RESUMEN:

El presente trabajo gira en torno al importante conflicto de derechos que surge de una de las instituciones más olvidadas en nuestro ordenamiento procesal penal, como es la protección de testigos.

La influencia que la figura tiene en lo que a derechos fundamentales se refiere es incuestionable, pues fenómenos como la criminalidad organizada hacen peligrar la vida e integridad de las personas que se atreven a colaborar en su contra. Mientras que, desde el punto de vista de los encausados, el uso de instituciones como la que nos ocupa en el presente trabajo merman derechos procesales reconocidos como fundamentales.

El atractivo de los conflictos que se plantean desde el punto de vista del análisis jurídico es inmenso. No obstante, para un correcto desarrollo de su exposición, es fundamental aportar al lector una primera toma de contacto con los cimientos o bases de lo que hoy en día se conoce como protección de testigos y peritos en nuestro sistema procesal.

ABSTRACT:

The present work revolves around the important conflict of rights that arises from one of the most forgotten institutions in our criminal procedure, such as the protection of witnesses.

The influence that the figure has in regard to fundamental rights is unquestionable, because phenomena such as organized crime endanger the life and integrity of people who dare to collaborate against it. While, from the point of view of the defendants, the use of institutions such as the one we are dealing with in the present work reduce procedural rights recognized as fundamental.

The attractiveness of the conflicts that arise from the point of view of legal analysis is immense. However, for a correct development of its exposition, it is essential to provide the reader with a first contact with the foundations or bases of what is now known as protection of witnesses and experts in our procedural system.

OBJETO:

La institución cuyo estudio abordaré en el presente Trabajo de Fin de Grado, cuya superación es necesaria para la finalización de mis estudios y la obtención del título es, sin duda alguna, de las más atractivas de cuantas se pueden estudiar en el proceso penal. Y prueba de ello es que, si bien para el profesional del Derecho es de enorme interés, máxime si sus aspiraciones profesionales o académicas van de la mano del proceso penal o del Derecho Penal en general. También lo es para el profano en lo jurídico.

Esta última cuestión es lo que realmente dota de atractivo al tema, pues cualquier individuo podría intuir, aunque solo sea por películas o casos reales que se anuncian en los medios de comunicación, qué es eso de la protección de testigos. Por tanto, la accesibilidad intelectual de la temática a abordar invita al lego en la materia a que, en la mayoría de casos, se interese por ella. Ahora bien, ese componente no jurídico, de la vida real, lejos de otras instituciones cuya tecnicidad hace que aquel que no es jurista nunca se llegue a interesar por ellas, no debe restar importancia al análisis técnico e investigador que se debe llevar a cabo en un trabajo de Derecho.

De un rápido vistazo el lector a quien le interese la materia puede comprobar que la misma se encuentra escuetamente regulada en una Ley Orgánica con una exposición de motivos, cuatro artículos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final.

Esta evidente brevedad sospecho que derivará en un exceso de actividad interpretativa por parte de los Jueces y Tribunales encargados de aplicar la norma. Y ello en una materia que trae a colación enfrentamientos de derechos de carácter fundamental.

Sin duda una de las cuestiones que más podría interesar en la materia es el contexto histórico y las razones que llevan a la promulgación de la ley, y si aquel contexto histórico está en algo relacionado con su promulgación. Además de la utilidad que, para el Estado como titular del Ius Puniendi y al operador jurídico en general, confiere esta figura.

Por otro lado, la figura a analizar cuenta con ámbitos de aplicación que espero desmenuzar tanto como pueda, y resaltar todas aquellas cuestiones que, siendo aciertos o fallos del

legislador desde mi punto de vista, merezcan un reconocimiento en esta obra o merezcan una crítica desde mi humilde opinión.

Otra de las cuestiones que he advertir al inicio del estudio de esta concreta institución es la de su colisión con determinados derechos que, siendo de rango constitucional, influyen claramente nuestro proceso penal. Se trata de aquellos principios inherentes al proceso, como la contradicción e igualdad de partes, y otros derechos que se proyectan en el proceso penal, como la no indefensión o la publicidad del proceso. Esta es la vertiente puramente jurídica de la figura y cuyo análisis sería muy interesante abordar con minuciosidad. Siempre sin descuidar aquellas otras cuestiones que, para el abordaje del concreto análisis de aquella sea preciso estudiar o introducir con anterioridad.

En mi labor de confección de este trabajo aspiro a, desde un punto de vista cuasi profano en los comienzos de su elaboración, pero con gran interés por el tema, analizar esos conflictos que he anunciado, haciéndolo con minuciosidad para así poder dar respuesta a los mismos en el alcance debido. Siendo tamaña institución la de los conflictos de derechos y la ponderación de los mismos no es de extrañar que la presente obra los anuncie ya en su título, a modo de núcleo del trabajo al que se llegará una vez se pase por otras cuestiones introductorias de carácter histórico, jurídico y comparado. Como si del paso por la corteza terrestre para llegar al núcleo se tratase.

Mi aportación a la institución será lo más intensa posible para un Trabajo de Fin de Grado, adecuándome a la extensión permitida, pero nunca perdiendo de vista la cuestión central, por muy ardua que pueda llegar a ser la labor sintetizadora cuando de cuestiones jurídicas de semejante tamaño se habla.

Espero que el lector encuentre en las próximas páginas una interesante exposición del tema que en su día escogí para finalizar mis estudios de Grado.

METODOLOGÍA:

En lo que a la confección de este trabajo se refiere es menester comenzar explicando de una forma cronológica cuales han sido los pasos a seguir para llegar hasta su finalización. En el mes de septiembre del pasado año 2018, al comienzo de las clases me puse en contacto con la Profesora Dña. Piedad González Granda a efectos de realizar mi TFG sobre un tema concreto, en particular relacionado con el proceso penal, y que yo ya tenía pensado de antemano.

En este punto debo hacer una pausa para explicar por qué yo tenía ya este tema en mente. Realmente se da la existencia de dos razones que me hacen solicitar la tutorización para realizarlo sobre este tema. Una primera son trabajos de compañeros de otros años relativos al proceso penal y que me parecían realmente interesantes, como por ejemplo la intervención de escuchas en el proceso penal. Y por otro lado concurre también el intrínseco atractivo de la materia, que, como ya expuse en el "Objeto", es patente incluso para el lego en Derecho.

A continuación de la solicitud que hice a mi tutora, y de su confirmación con gran amabilidad de la posibilidad de tutorizarme, la primera de las cuestiones en que me puse a trabajar bajo su supervisión es la relativa a la búsqueda de fuentes de información, en buscadores bibliográficos jurídicos. Comenzando por una búsqueda de carácter más generalista relativa a las garantías en el proceso penal, pasando por fuentes de información relativas a la prueba en general en el proceso, y finalizando con monografías relativas al tema concreto de la protección de testigos y peritos en el proceso penal español, como libros de cabecera, cuya consulta es inexcusable en el presente trabajo.

Posteriormente confeccioné un listado de todo aquel material de consulta relativo al tema que consideré oportuno y lo entregué a mi tutora, para que en una reunión ella me orientase acerca de cuál sería, dentro de todo el contenido bibliográfico que había recopilado, el más apropiado para comenzar la lectura sobre el tema. Momento que aprovechamos también para que me orientase acerca de cómo llevar a cabo correctamente las referencias a obras a través de notas a pie de página.

Una vez me señaló aquellas obras más indicadas para comenzar me dispuse a obtenerlas del Área de Derecho Procesal, a la cual le expreso mi más sincera gratitud por la disponibilidad de su personal y su amabilidad de trato en todo momento.

Las primeras lecturas transcurrieron en paralelo a constantes consultas a manuales de Derecho Procesal Penal, para poder entender conceptos que todavía desconocía, pues la asignatura sería cursada en el segundo cuatrimestre. No obstante, esto no fue un problema y conseguí familiarizarme con la materia con rapidez. De tal forma que a mediados del mes de octubre del año 2018 comencé la redacción del presente trabajo. Tratando de iniciarlo dándole una perspectiva histórica.

A continuación, una vez iniciada la redacción que de modo embrionario iba tomando forma, se empezaba ya a vislumbrar el esqueleto conceptual del trabajo, pudiendo empezar a llevar a cabo un índice a inicios del mes de noviembre.

Pese a que entre los meses de enero y febrero ya tenía la parte central del trabajo escrita, el desarrollo de la redacción es fruto de una labor continua a lo largo del presente curso académico, no se circunscribe por tanto a un período concreto, pues es sabido que en ocasiones se corrigen cosas, algunas se eliminan o incluso se añaden otras.

El temprano momento en que había comenzado el trabajo me permitió poder madurar suficientemente las ideas que quería exponer en él, así como consultar con la profesora Dña. Piedad González Granda toda duda que me surgía, hasta que llegado un determinado momento, aproximadamente en el mes de abril comenzamos a centrarnos más en una estructuración del índice que fuera coherente así como en cuestiones formales, a efectos de una correcta elaboración estructural del trabajo con sometimiento a las reglas que establece el Reglamento de la facultad para este.

En cuanto a la metodología que he seguido para la elaboración, ha sido en su totalidad basada en fuentes de información documentales, principalmente, como no podía ser de otra forma jurídicas, pero también periodísticas e históricas. He de destacar particularmente la influencia de determinados artículos doctrinales, monografías y sentencias de diversos órganos jurisdiccionales, tanto internos como internacionales. Ya que con gran rigor jurídico y exquisita precisión terminológica me han aportado la base

suficiente para poder desarrollar el tema. De entre la totalidad de las fuentes documentales que he empleado y sin menospreciar o minusvalorar ninguna de ellas, puedo destacar la obra monográfica sobre el tema de la profesora VEGA DUEÑAS, cuya corrección me ha ayudado a tomar una visión del tema a un nivel avanzado en los primeros momentos de la elaboración; así como aportaciones doctrinales como la del profesor GIMÉNEZ PERICÁS, con un artículo original y que contribuye a conocer el origen y la extensión de la figura desde el punto de vista histórico y teleológico; del profesor GARCÍA VALDÉS, que aporta con un extensísimo artículo ideas relativas a las formas de solventar las reticencias de declarar antes de que surgiera la figura de la protección de testigos en España y siendo conocedor también del sistema comparado; y del profesor DELGADO MARTÍN, que de una forma muy clara expone todo lo que siendo de interés en el tema tiene relación con la criminalidad organizada.

Siendo una materia escuetamente regulada, en la que por ende el desarrollo de la jurisprudencia es notable, es especialmente útil acudir a casos concretos para ilustrarse sobre la aplicación práctica de la figura jurídica que nos ocupa, y en efecto buena parte del método seguido por mí para la realización de este trabajo ha consistido en el análisis de casos reales, que sin pecar por exceso en su aportación a la presente obra, me han servido para hilar conceptos que se encuentran vacíos de contenido en la norma legal reguladora.

Este planteamiento inductivo en lo referente a ciertos conceptos teóricos propios de la protección de testigos lo entiendo útil y necesario, pues ante el vacío legal que el legislador no ha colmado respecto a ciertos extremos de la figura, el juzgador ha de dar una respuesta. De conformidad con ello, en base sobre todo a pronunciamientos de las más altas instancias judiciales a nivel nacional e internacional se nos permite esbozar determinados conceptos con gran calado en el análisis del tema. Pues solo a estas instancias, como supremos intérpretes del ordenamiento o garantes del cumplimiento de un texto normativo de superior jerarquía, corresponde interpretar las palabras del legislador y llegado el caso dar sentido a su silencio.

I- CONTEXTO SOCIAL, HISTÓRICO Y JURÍDICO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES:

1-Razones justificativas de la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994, de Protección a testigos y peritos en causas criminales:

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante LOPT) establece que: *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.* .

Tal afirmación ya nos hace intuir que el porqué de dicha reticencia es sociológico y nos hace pensar cuáles son esos fenómenos que, por el temor que causan en los ciudadanos implican que estos decidan no colaborar con la justicia, siendo un deber de los mismos de conformidad con el artículo 118 de la Constitución (en adelante CE).

Esos fenómenos causan impedimentos, que brotan en las zonas y en los tiempos críticamente sensibles¹ y que vienen motivados por causas psicológicas como el miedo a represalias.

La situación social en la década de los ochenta y principios de los noventa viene marcada por dos fenómenos de importancia de cara al objeto del presente trabajo. En primer lugar la actividad terrorista de grupos organizados, entre los que destaca la banda terrorista ETA , coincidiendo la época precedente a la promulgación de la LOPT con los años de más actividad de dicho grupo terrorista, habiendo llevado a cabo 535 asesinatos entre el año 80 y el 94². Son los llamados *años del plomo* de la banda terrorista, en que los atentados pasaron de dirigirse hacia personalidades públicas a hacerlo también contra civiles, tal como ocurre en el atentado perpetrado en Barcelona el 19 de junio de 1987,

¹ GIMENEZ PERICÁS, A. Génesis de la LO 19/94 de Protección a testigos y peritos en causas criminales. *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. 1997, nº11, pág 51-58. En particular, se refiere el autor al fenómeno del terrorismo en Euskadi.

² ALONSO, R. DOMINGUEZ. F. GARCÍA REY, M. *Vidas rotas: todas las víctimas de ETA*. 1ª Edición. Madrid: Espasa, 2010.

denominado atentado de Hipercor, el de mayor envergadura de los llevados a cabo por el grupo terrorista, en que fallecieron veintiuna personas y resultaron heridas cuarenta y cinco ³.

Es de destacar, en lo relativo a los antecedentes legislativos, la influencia que tuvo la proposición por parte del Partido Nacionalista Vasco (PNV) de la pretendida protección a testigos y peritos, dada la situación de violencia que en Euskadi se vivía en aquellos días y la necesidad de un instrumento que protegiera al denunciante, testigo o perito, en determinados procesos penales⁴.

Otro de los fenómenos que se ha de destacar y que tiene también una importancia clave en el tema a tratar en el presente trabajo es la proliferación de grupos organizados que, tomando como estructura las redes de contrabando de tabaco y aprovechando una situación de reconversión industrial de Galicia y un cada vez menos rentable sector pesquero en los años ochenta comienzan a desarrollar una actividad dedicada al tráfico de drogas. Estos grupos operan con la estructura propia de grupos organizados, cuya forma de actuar es más sofisticada que la de la delincuencia común y por ello se requirieron avances legislativos como el que centra este estudio para actuar frente a dichas organizaciones. En aquella época se comenzaban a desarrollar las primeras operaciones contra los principales clanes del narcotráfico en la ría de Arosa. La principal, la que en un principio debió llamarse operación Mago, en honor al instructor de la causa, el ex juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón, y terminó llamándose operación Nécora (sumario 13/90 del Juzgado Central de Instrucción nº 5) incluyó entre los medios probatorios a aportar en la fase del juicio oral el testimonio de dos narcos arrepentidos, a los que posteriormente se concedió protección por parte del Ministerio del Interior pese a no existir todavía en nuestro ordenamiento la figura del testigo protegido.

Fueron dos de los casos más importantes en materia de protección de testigos y considerados los primeros en la historia de España. Ricardo Portabales y Manuel Fernández Padín, personas que anteriormente se habían visto involucradas en el tráfico de drogas insertos en los clanes gallegos y que terminaron colaborando con la justicia,

³ -La Vanguardia, *Hipercor, el mayor atentado de ETA* (consultado el 30/10/2018). <https://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20120619/54313361919/terrorismo-atentados-coche-bomba-masacres-centros-comerciales.html>

⁴ GIMENEZ PERICÁS, A., op. cit. pág 51-58.

por razones morales uno y por compromiso ante una posible condena por una detención relacionada con el tráfico de drogas el otro.

Otro de los casos de testigos protegidos con especial relevancia, ya con la legislación actual vigente en España fue el caso de los llamados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). Una de las actuaciones más sonadas y con mayor trascendencia social fue el caso “Lasa y Zabala”, en que estos dos integrantes de la banda terrorista ETA fueron asesinados y enterrados en cal viva en una fosa de Busot (Alicante)⁵. En el desarrollo de la instrucción quedaron patentes las presiones ejercidas contra un testigo que en aquel momento tenía la condición de protegido y que provenían de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado⁶. También la figura procesal del testigo protegido tuvo su importancia en uno de los juicios más importantes en la historia de España, por enjuiciarse los hechos más graves cometidos hasta el momento. En este caso hablamos del juicio de los atentados del 11 de Marzo de 2004 en varias estaciones del metro de Madrid. En efecto aquel día en las estaciones de Atocha, Chamartín y El Pozo estallaron artefactos explosivos en lo que se calificó como el mayor atentado terrorista de la historia en Europa. En fase del juicio oral se llevó a cabo la utilización como medio de prueba el testimonio de testigos protegidos que, habiendo presenciado los hechos en las estaciones citadas y habiendo visto a los autores, habían resultado ilesos pese a la brutalidad del atentado⁷. Como se puede comprobar, los casos expuestos corresponden a actividades extremadamente graves y por ello su enjuiciamiento corresponde a un órgano en particular, cuya actividad se orienta al enjuiciamiento de los casos de tal magnitud o gravedad.

La Audiencia Nacional tiene origen en órganos como el Tribunal Especial de represión de la masonería y el comunismo o el Tribunal de orden público, órganos que encarnaban

⁵ LÁZARO FERNÁNDEZ,F, El Mundo, *La verdad sobre el caso Lasa y Zabala* (consultado el 31/10/2018).

<https://www.elmundo.es/cronica/2014/10/12/54390f0aca47415f608b4575.html>

⁶-LÁZARO FERNÁNDEZ,F, GAREA BARAGAÑO,F, .El Mundo. *Caso GAL, Lasa y Zabala* (consultado el 31/10/2018). <https://www.elmundo.es/1997/01/04/espana/04N0019.html>

⁷ ÁLVAREZ GARCÍA,F. J. CadenaSer.es *Los testigos protegidos que identificaron a los autores del 11-M* (consultado el 31/10/2018)https://cadenaser.com/ser/2017/03/10/tribunales/1489152072_029291.html

la llamada “justicia política” (PECES-BARBA). En cualquier caso hoy en día es un órgano que se encarga del conocimiento y juicio con carácter de urgencia de las conductas delictivas de terrorismo, además de otras que le vengan encomendadas y cuya separación del ejecutivo, al contrario que ocurría con sus antecesores, es propia del sistema democrático⁸.

Respecto al contexto jurídico en que ésta Ley se promulga, hay que partir de la base de que resultó problemática la inexistencia con anterioridad a la promulgación de la ley de las figuras de protección que la misma crea, lo cual hizo que tuviera que ser la jurisprudencia quien se encargase de dotar de protección a la figura del testigo o perito, dentro del marco constitucional y de los diversos instrumentos internacionales que influyen en la cuestión, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos(en adelante CEDH) o la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH). Así, tienen gran importancia determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que a su vez influyen directamente en la jurisprudencia interna, en particular del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS). Entre la jurisprudencia del TEDH encontramos dos sentencias que perfilan ya en los años 1990 (Caso Windisch) y 1992 (Caso Lüdi) el contenido y los límites de ciertas medidas de protección. En el primero de los casos el TEDH rechaza de plano la posibilidad de que un testimonio anónimo⁹ pueda ser prueba suficiente por sí solo para condenar a un sujeto. Le quita por tanto la validez de prueba de cargo. En el segundo, al haberse procesado al individuo gracias a la intervención y declaraciones de un agente encubierto y no habiendo sido este obligado a declarar en el juicio el TEDH consideró vulnerados los principios del art. 6 del CEDH, que deben regir todo proceso, y en particular el derecho del acusado a poder interrogar a aquellos testigos que declaren contra él (6.3 d) CEDH)^{10 11}. En el plano interno el tratamiento que hasta el momento de

⁸ GARCÍA VALDÉS ,C. La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984 ,nº37, pág.299.

⁹ Aquel que se presta desconociéndose la identidad del testigo.

¹⁰ STEDH de 15 de junio de 1992, caso Lüdi c. Suiza. Fundamento de derecho 50.

¹¹ Estos dos pronunciamientos vienen a garantizar principalmente la contradicción en el proceso. En el primer caso de una forma más abstracta, negando validez de prueba de cargo a un testimonio que se presta

promulgación de la LO 19/94 se dio en primer lugar a los llamados arrepentidos quedó relegado al ámbito político a través de la concesión de la Gracia del indulto (Ley de 18 de junio de 1870), y en segundo lugar por medio de la rebaja en la pena en uno o dos grados que la LO 2/1981 de 4 de Mayo que introdujo el art.174 bis c) en el CP de 1973, preveía para aquellos que colaborasen con las fuerzas de seguridad o la autoridad judicial evitando la comisión de un delito, aminorando sus consecuencias o aportando pruebas para la identificación o captura de los responsables¹². Por su parte tanto el art. 376 CP como el 579.3 bis del mismo cuerpo legal, en la actualidad prevén atenuaciones de pena para aquellos que formando parte de un grupo criminal colaboren activamente en la obtención de pruebas e identificación y localización de los responsables en casos de narcotráfico y terrorismo¹³. Otra solución posible sería acudir a las atenuantes de confesión previa a saber que se dirige el procedimiento contra el culpable y la de reparación del daño, previstos en los art. 21.4 y 21.5 CP. Por su parte la regulación sustantiva actual establece en el tipo del 464 CP penas de hasta cuatro años para aquellos que con violencia o intimidación intentaren influir directa o indirectamente en testigos o peritos -entre otros- para que modifiquen su actuación procesal. Lo cual supone una medida indirecta para fomentar la declaración de testigos en situación de riesgo potencial, pues disuade al acusado, y en general a cualquier interesado en que el testigo no declare (prevención general negativa), de llevar a cabo conductas atentatorias contra su vida o integridad física. En este punto es importante señalar que la regulación sustantiva sí recoge, al menos implícitamente, la protección a otros sujetos distintos al testigo o perito propiamente dichos. Sujetos como el coimputado o el agente encubierto, que también son intervinientes en el proceso penal, tienen cabida en este precepto, al contrario de lo que ocurre con la protección dispensada por la LOPT¹⁴.

por una persona de la que se desconoce su identidad. En el segundo de una forma más directa, garantizando la posibilidad de contradicción en la propia práctica de la prueba testifical.

¹² GARCÍA VALDÉS ,C., op. cit. pág.301-302.

¹³ Clara manifestación de Derecho premial de nuestro ordenamiento, con posible procedencia de Italia, en que la figura del *Pentito* (arrepentido), ya se contemplaba en los años 30. La cuestión relativa al Derecho premial será abordada más en profundidad (*infra*), en el apartado correspondiente al coimputado.

¹⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la Justicia penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, nº 1, págs. 543-580.

Otra de las formas de solventar las reticencias de un testigo a declarar estuvo basada en la llamada imposibilidad psicológica de comparecer, con base legal en el art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal (en adelante LECrim.) y empleada tanto hoy en día como con anterioridad a la promulgación de la LOPT. El precepto permite la lectura de las diligencias practicadas en fase sumarial durante el acto del juicio y con valor probatorio siempre y cuando se respeten determinados requisitos marcados por la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional¹⁵ y que además se produzca una imposibilidad de reproducción del medio de prueba debida a razones independientes de la voluntad de la parte que la propuso.

Lo que realmente tiene interés en este extremo es determinar si esa imposibilidad psicológica, en caso de que se produzca y el miedo impida comparecer, es o no una cuestión independiente de la voluntad de la parte que propuso al testigo. La cuestión tiene su importancia, pues se pueden ver afectados derechos fundamentales y principios del proceso. Si consideramos que no es una causa independiente de la voluntad de la parte, más concretamente del propio testigo, tenemos que admitir que cualquier persona puede controlar su miedo ante una situación así, lo cual es de todo punto irreal. A este respecto entiende algún autor¹⁶, que la mencionada imposibilidad psicológica sí es una causa independiente de la voluntad del testigo, teniendo por tanto cabida en lo establecido en el 730 LECrim.^{17 18}, permitiéndose dar validez en el acto de juicio a la declaración de un testigo prestada en fase de instrucción cuya lectura se produce en el plenario, siempre que además se respeten las garantías que establece la jurisprudencia del TC.

¹⁵ STC 303/1993, de 25 de octubre. Fundamento de Derecho 3º. Los requisitos serían: materiales, que exista justa causa; subjetivos, intervención del Juez de instrucción; objetivos, que se garantice la posibilidad de contradicción y formales, que se de lectura del acta de la declaración en el acto del juicio.

¹⁶ GIMENEZ PERICÁS, A., op. cit. pág 51-58.

¹⁷ En contra, considerando que la llamada imposibilidad psicológica no exime al testigo de comparecer en el plenario, VEGA DUEÑAS, L.C. *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*.1ª Edición. Barcelona: Bosch, 2016, pág.269. y CUBILLO LÓPEZ I.J. *La protección de testigos en el proceso penal*. 1ª Edición. Navarra, 2009, pág. 275.

¹⁸ A favor de la lectura en el plenario de las declaraciones de testigos protegidos practicadas como diligencias sumariales, con base en el art. 730 LECrim. , STS 1023/2011, de 5 de octubre, Fundamento de Derecho 1º.

Por otro lado la propia LECrim. prevé determinados mecanismos de protección de las víctimas u ofendidos, que por descontado pueden actuar como testigos. Tal es el caso de las actuaciones consideradas como primeras diligencias del art. 13 LECrim o las prohibiciones de residir o de acudir a determinados lugares de forma cautelar, que de conformidad con el art. 544 bis y 544 ter LECrim puede adoptar el instructor, en este último caso referido a delitos de violencia de género¹⁹.

Respecto a las medidas a adoptar posteriormente al proceso para salvaguardar la vida y seguridad de los testigos y peritos, la más reseñada es el cambio de domicilio o de identidad, quedando los testigos bajo protección de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, como ocurrió en el caso Nécora. Esta medida ya se viene aplicando incluso antes de la promulgación de la Ley. Se trata de una medida extraprocesal y que por tanto no requiere una cobertura legal de la entidad de aquellas cuya adopción puede vulnerar derechos fundamentales del procesado.

Si bien, como comentábamos anteriormente la colaboración con la justicia constituye en nuestro ordenamiento jurídico un deber de todos los ciudadanos (art. 118 CE), no es menos cierto que las represalias hacia quienes colaboran en el proceso criminal cuando se enjuicia a personas o grupos que llevan a cabo actuaciones criminalmente organizadas o de especial peligrosidad puede hacer surgir en muchas ocasiones temor por la integridad física o moral propias o por la libertad y seguridad, existiendo como es lógico un interés²⁰, que de hecho es un interés propio del testigo, por que éstas no queden indemnes. Pese a que este interés del testigo es de carácter subjetivo, realmente la justificación de la adopción de tales medidas de protección se sustenta en la existencia de un interés público. El titular de la protección es el sujeto sometido a ella, no obstante la justificación legal de dicha protección, el por qué de la misma, excede en ocasiones del interés del propio testigo, pues compete al Estado la materialización de la justicia por medio del proceso²¹. Proceso en que el Estado está claramente interesado en virtud de su potestad de persecución del delito. Pese a ello la primera de las razones que el legislador nos dice que

¹⁹ LASTRA DE INÉS, A. La reforma de la LO 19/1994 de Protección a testigos y peritos en causas criminales. *Jornada de especialistas sobre protección y tutela de las víctimas*, 2017, pág. 5.

²⁰ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág.154.

²¹ GIMENEZ PERICÁS, A., op. cit. pág 51-58.

impulsan la creación de la figura es sociológica. En efecto, el testigo puede estar poniendo en riesgo su vida, su integridad física y la de su familia y ésta situación es vivida cada vez con mayor frecuencia debido a la proliferación de procesos penales relacionados con la criminalidad organizada transnacional²². Es, en efecto, el miedo la principal razón que hace surgir la necesidad de una protección al testigo. Este miedo puede venir motivado por su escasa relación previa con el aparato judicial y quizás en mayor medida por que su declaración se haya de llevar a cabo ante el acusado durante el desarrollo del juicio oral²³. Pese a ser el miedo un factor determinante en la aparición de la figura por afectar al bien jurídico integridad moral, recogido como un derecho fundamental (art. 15 CE), la razón que parece llevar al legislador a promulgar la LOPT no responde a un afán tan proteccionista como de utilidad. Se desprende de lo establecido en la Exposición de motivos que el legislador considera importante la protección al testigo, pues *de lo contrario se producirían inhibiciones por parte de testigos y peritos (...) con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables*²⁴. Se aprecia que más que un afán de protección al testigo, esta es una medida que se adopta por que resulta útil en un contexto de inseguridad del sujeto sometido a protección, y que puede desembocar en casos de impunidad si este no depone en el plenario, afectando por ello al poder de imperio del Estado manifestado en el proceso penal (ius puniendi). Por ello la Ley pretende, en algunos casos con primacía sobre otros objetivos, la eficacia de la persecución penal²⁵. La amenaza a la integridad física o moral del testigo o a su libertad entran en colisión con otros derechos fundamentales, como el derecho a un proceso con todas las garantías o directamente el derecho de defensa, además de con principios del proceso como la contradicción en el mismo, tal como se analizará más adelante.

²² ARMERO VILLALBA, S. Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso. En BUSTOS GISBERT, R., FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., FOSAS ESPADALER, E. *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 415-444.

²³ MAGRO SERVET, V. La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria. *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2008, nº 2, pág. 78-92.

²⁴ Exposición de motivos LO 19/1994 de Protección de testigos y peritos en causas criminales, de 23 de Diciembre de 1994. BOE 24 de Diciembre.

²⁵ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág. 153.

En una labor ponderativa de intereses en ocasiones parecen poder ceder durante el devenir del proceso los relativos a la protección del testigo, en favor del derecho de defensa y demás garantías del procesado a un juicio justo, por que lo que realmente está en juego es el papel del Estado en la persecución del delito y del delincuente. Buscándose no tanto una salvaguarda de los derechos del testigo como una eficaz labor del Estado en materia punitiva. De esta forma, si las medidas de protección pueden suponer un obstáculo insalvable hacia una sentencia condenatoria por su conculcación de los más elementales principios del proceso éstas ceden y la balanza se inclina en favor del derecho de defensa, viendo el sujeto protegido truncada su seguridad. Prueba de ello suponen las situaciones en que se hace pública su identidad (art. 4.3 LOPT) o se le condiciona para el resto de su vida con una identidad nueva (art. 3.2 LOPT), que en ocasiones sobrevienen al inicio del proceso.

Cuestión diferente es la que se ha abordado²⁶ acerca del miedo que puedan sentir los peritos. Por la clase de aportación que hacen al proceso, un saber objetivo y universal²⁷ el perito debería ser en principio un sujeto sustituible en el proceso. La problemática que se suscita en este extremo es la obligatoriedad de comparecencia como perito que impone el art. 462 de la LECrim. Obstáculo salvable en caso de que el mismo alegue un impedimento legítimo. Por tanto la cuestión a abordar sería si dicho impedimento legítimo puede venir motivado por el miedo que tenga a posibles represalias por la colaboración con la Administración de Justicia y ésta es una cuestión que se ha de solucionar por vía interpretativa, igual que ocurre con la imposibilidad psicológica mencionada anteriormente respecto a la figura del testigo.

Se ha señalado también²⁸, que pese a la posibilidad de sustituir al perito por la concurrencia de miedo a las represalias, en caso de que la intervención de un concreto profesional sea imprescindible (por su especial pericia o habilidad en un campo, por no existir otro profesional que pueda emitir dictamen al efecto o por ser esencial su visión en el asunto en concreto) el mismo podría someterse a la misma protección que merecen los testigos. Al fin y al cabo la regulación existe para ambas figuras.

²⁶ CLIMENT DURÁN, C. *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

²⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. *Derecho procesal penal* . 9º Edición .Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pág 269.

²⁸ VEGA DUEÑAS, L.C. Op cit., pág.52.

2-Algunos antecedentes en el Derecho comparado: en particular los casos Estadounidense e Italiano.

Estados Unidos:

Una de las referencias en materia de Derecho comparado anterior a la promulgación de la LOPT es la normativa Estadounidense en la materia. Si bien el sistema de Derecho no es el continental, en el Estado norteamericano la regulación es merecedora de reconocimiento por su minuciosidad en cuanto a las medidas a adoptar, en particular en el ámbito extraprocésal. La *witness security reform act* de 1984 da un tratamiento pormenorizado de la figura, atribuyendo competencias al fiscal local (Local Attorney) y al fiscal general (General Attorney) a efectos de brindar protección al testigo, al potencial testigo protegido y a su familia, tanto en casos de criminalidad organizada como en aquellos en que la amenaza sea semejante (1º prr (a). Art. 3521 UNITED STATES code (US code). En concreto las medidas se encuentran establecidas en la letra (b) del artículo 3521, e incluyen desde la concesión de una nueva identidad a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, una nueva vivienda, el transporte a la misma de bienes muebles; el pago de los gastos básicos de subsistencia, cuando ello esté justificado; la ayuda o asistencia para encontrar empleo; la proporción de otros servicios para ser autosuficiente; no revelar la identidad y ubicación del sujeto o sujetos protegidos por parte del Fiscal a excepción de a los funcionarios de Policía en caso de que esté siendo investigada la persona sometida a protección por determinados delitos; proteger la identidad del sujeto a efectos de constancia en registros de personas que hayan cometido determinada clase de delito (piénsese por ejemplo en los registros de delincuentes sexuales), a estos efectos el Fiscal general establecerá un sistema de registro especial para los sujetos protegidos que responda a la también especial situación en que se encuentra; y por último eximir del pago de cualesquiera formas o instrumentos de seguridad que los sujetos protegidos precisen²⁹ .

Como se puede apreciar la regulación es más amplia que la establecida en la LOPT, y es mucho más concisa en las principales medidas a adoptar. En efecto nuestra norma pone

²⁹ VEGA VACCHIANO, J. Legaltoday. *La lucha contra la criminalidad organizada* 4/05/2018, (consultado el 8/11/2018). <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/lex-et-societas/la-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-la-ley-organica-191994-de-proteccion-de-testigos>

el énfasis más en la protección durante la fase puramente procesal que en el resto de vida del testigo, lo cual hace entrever la idea de que lo más importante para nuestro legislador no era salvaguardar la integridad de estas personas, sino garantizar su comparecencia en el proceso penal. La única mención que se hace con cierto parecido a las medidas anteriormente citadas de la legislación Estadounidense es la que se realiza en el art. 3.2 de nuestra LOPT:

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.

Se puede claramente observar la generalidad con que en esta última frase se regula algo tan trascendental para la salvaguarda de los derechos del sujeto como es la protección de su integridad durante el resto de su vida, existiendo críticas a ésta medida, justificadas en que no se puede obligar a un testigo a cambiar de vida y a perder incluso su nombre o su familia debido a una colaboración con la Administración de Justicia³⁰.

No obstante no hay que olvidar que llevar a la práctica las medidas requerirá una asignación presupuestaria, que condicionará la amplitud de las mismas y que de manera concreta no existe, apuntando diversos autores la necesidad de fijación de un fondo estatal de recursos económicos para la ejecución de la LOPT³¹, especialmente de cara a las medidas extraprocesales como ésta relativa al cambio de identidad, siendo por lógica la más costosa económicamente por deberse extender en el tiempo durante toda la vida del testigo. Dicha concreción habrá de hacerse en el desarrollo reglamentario que de la LOPT debería haber hecho el legislador en el plazo de seis meses desde la publicación de la misma, tal como exige la Disposición Adicional 2ª.

³⁰ FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*. 1ª Edición. Madrid: La Ley, 2005, pág. 343 y ss.

³¹ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit., pág. 249 ; GARCÍA PÉREZ, J., *Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español*. Ob. Col. (Dir.) GRANADOS PÉREZ, C. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, volumen 2, pág. 269-336.

Italia:

En el caso de Italia, tal como relata el *Manual de buenas prácticas para la protección de testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada*,. hecho en Nueva York en el año 2008, las consecuencias penales(atenuación de la pena) de la colaboración con la justicia en la disociación de bandas criminales o en casos de conspiración ya data de 1930. No obstante, la regulación propiamente dicha en materia de protección de testigos se establece a partir de principios de los 80 a través del establecimiento del llamado “arrepentimiento de terroristas” como medida más destacada dentro de las llevadas a cabo en el país italiano³² y en consonancia con el llamado “Maxiproceso”, en el cual el ex-mafioso Tommaso Buscetta decide colaborar con el Juez Giovanni Falcone en un proceso que se salda con el encarcelamiento de cerca de 350 integrantes de la Mafia.

Pese al éxito de la figura legal del Testigo protegido, -que supone que a finales de los 90 se hayan beneficiado del programa cerca de 1000 colaboradores- el proceso italiano, tal como relata el Manual de buenas prácticas de 2008 hecho en Nueva York, recibía cada vez más críticas por la credibilidad discutible de los testigos y sus motivaciones, y hubo acusaciones de desorganización y mala administración del programa de protección de testigos.³³ Esta situación llevó a la promulgación en el año 2001 de una reforma en la materia a través de la revisión del Decreto-legge 15 Gennario 1991, regulador de la figura del testigo protegido en Italia. No obstante la regulación hoy día es diferente, con una nueva Ley promulgada en 2018 y cuyo estudio no se abordará aquí por querer enfocarnos en un análisis comparado, pero desde el punto de vista histórico, tratando de averiguar cuales son esas directrices señaladas por el Derecho comparado de las que nos habla el Legislador patrio en la Exposición de Motivos de la Ley del año 1994, y que desde un punto de vista objetivo, pese a ser directrices, poco direccionan a la luz de la regulación en España. Como principales aspectos a resaltar de la citada regulación y en paralelo al análisis hecho respecto a la figura en Estados Unidos conviene destacar en primer lugar las personas que según la regulación existente en Italia en ese momento podían

³² GARCÍA VALDÉS ,C., op. cit. pág. 298.

³³*Manual de buenas prácticas para la protección de testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada* , hecho en Nueva York en el año 2008, pág.18.

beneficiarse del programa. Se trataría en primer lugar de colaboradores, informantes o testigos en delitos relacionados con la Mafia, drogas o asesinatos, así como cualquier otro penado con privación de libertad de 5 a 20 años, se añade también cualquier persona cercana al colaborador.

Se aprecia en lo expuesto una mayor amplitud en el ámbito subjetivo respecto a la legislación española, de tal forma que los sujetos que según la ley pueden ser protegidos no son solo testigos y peritos. Sin perjuicio de la actual amplitud de la figura fruto de la jurisprudencia en España. Por otro lado se aprecia también una mayor concreción en el ámbito objetivo, restringiéndolo inadecuadamente bajo mi punto de vista a delitos de una determinada clase o con un marco penal concreto. En este aspecto, y con las matizaciones que se harán más adelante respecto al ámbito objetivo de la Ley, considero más acertada la postura de nuestro legislador, no incluyendo mención alguna a la clase de delitos respecto a los que es aplicable la regulación, no habiendo en cuanto al ámbito objetivo limitaciones *ratione materiae*³⁴. En la regulación italiana se restringe la figura a unos tipos penales en concreto, lo cual puede producir en la práctica situaciones de desprotección cuando se da el peligro necesario para el establecimiento de medidas protectoras y el delito cometido no entra en el catálogo establecido por el legislador. Lo cual únicamente podría ser salvado por una -siempre desaconsejada- interpretación *contra legem* por parte de los órganos jurisdiccionales, aplicando la regulación a delitos para los que la Ley no ha contemplado la figura.

En lo referente a la clase de protección que se brinda es de destacar en primer lugar un plan temporal con una duración de 180 días asegurando reubicación y manutención; en segundo lugar “Medidas especiales” de protección y reintegración social respecto a las personas reubicadas; y por último un “Programa especial de protección”, que incluye documentación provisional (y en su caso nuevas identidades como último recurso), asistencia financiera y por supuesto reubicación definitiva llegado el caso.

3-Instrumentos internacionales relevantes: el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia:

Ya la propia Exposición de motivos de la LOPT nos remite a un instrumento normativo que seguramente sea el que más inspire su promulgación debido a la identidad que se aprecia en cuanto a las medidas de protección. Se trata del Estatuto del Tribunal Penal

³⁴ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág.15

Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), creado por resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 25 de Mayo de 1993. Este tribunal *Ad hoc* fue creado para el enjuiciamiento de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia como consecuencia de la guerra iniciada a partir de 1991. Hay que destacar en este punto que, si bien la Resolución de 25 de Mayo de 1993 aprueba el Estatuto por el que se crea este órgano y reconoce la figura del testigo protegido, la norma no regula todos los aspectos procesales. En este sentido, por mandato del artículo 15 de la citada disposición la confección de las reglas procedimentales y referentes a la prueba queda conferida al propio Tribunal. En igual sentido el art. 22 remite a dichas normas sobre procedimiento y prueba para la concreción de la regulación de la figura y de la protección de la víctima, pero destaca que *Esas medidas de protección deberán incluir la celebración de la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de la víctima*. Dotando así de un contenido mínimo a las medidas de protección puramente procesales.

Del análisis hecho respecto a las disposiciones que regulan la figura(Reglas 69 y 75 de procedimiento y prueba ante el TPIY) se saca en claro que el ámbito subjetivo abarca a víctimas y testigos en los cuales se de la circunstancia de un riesgo para su persona, en cuyo caso quedarán bajo la protección del tribunal (Regla 69 a). No obstante, en la concreción de medidas realizada en la Regla 75 B) se amplía la protección a todas aquellas personas que tengan relación con la víctima o testigo³⁵.

Al analizar las concretas medidas se destacan la de supresión de nombres e identificaciones (se entiende que reales) de las actas del juicio, no divulgar grabaciones o registros en base a los cuales se pueda identificar al testigo, que éste preste testimonio a través de medios que impidan reconocerle o que lo haga haciendo uso de un pseudónimo. Éstas medidas, recogidas en la regla 75 B (i) son plenamente coincidentes con las que garantiza el art. 2 de la LOPT, pese a incluirse en las Reglas de procedimiento y prueba ante el TPIY otras no menos importantes, como la posibilidad de celebrar el acto del juicio a puerta cerrada, previsto en nuestro ordenamiento de forma genérica (681 LECrim), o medidas adecuadas para la declaración de personas especialmente

³⁵ Cuestión a parte sería determinar qué clase de relación ha de tener el tercero que se vea beneficiado por tales medidas, pero entiendo que ésta ha de ser de carácter familiar o al menos afectivo.

vulnerables. Ahora bien, pese a que el cuerpo normativo inspira la legislación española, las reglas sobre procedimiento y prueba van más allá, y es que prevén que los testimonios de víctimas o testigos prestados bajo protección sirvan para posteriores procesos, debiendo informarse de esta circunstancia al sujeto sometido a protección, pues podría solicitarse ulteriormente que se diese a conocer el nombre del sujeto declarante y lo depuesto en el juicio³⁶.

A mi modo de entender, el sentido y utilidad de esta disposición es el de que, en el trascurso de una declaración se describan hechos constitutivos de delito distintos a los que son objeto de enjuiciamiento o llevados a cabo por personas distintas de las que se están procesando, y esa declaración sirva para un ulterior enjuiciamiento, evitando así que el testigo o la víctima vuelva a pasar por la misma situación, evitando de tal forma la victimización secundaria derivada de tener que pasar nuevamente por un proceso judicial. No obstante en la práctica es harto improbable que un testigo durante toda la fase de instrucción omita un dato fáctico con cierta relevancia jurídico-penal o la intervención de una persona y de repente se acuerde mientras presta testimonio en el juicio.

Si durante la fase de instrucción esos datos se hubiesen puesto de manifiesto, el instructor, figura desempeñada por el Fiscal en estos procesos (art.16 Estatuto TPIY) hubiese advertido, de conformidad con las reglas de conexidad objetiva o subjetiva la necesidad de acumular al proceso en curso esos nuevos hechos que se le ponen de manifiesto a través de una reapertura de la instrucción, o bien daría cuenta a quien fuera competente para reabrirlo o, en fin, lo reabrirla él mismo.

Respecto al ámbito objetivo no procedería, o al menos no sería lógico un análisis del mismo en que se comparase respecto a qué delitos se ofrece protección en el Estatuto del TPIY y en la LOPT. La razón se basa en el hecho de que los propios delitos de que puede

³⁶ El hecho de que un sujeto declare bajo protección, aunque las medidas de protección sean las mínimas (piénsese en una declaración detrás de un biombo, conociendo las defensas la identidad del testigo y sin la distorsión de su voz) ya menoscaba el derecho de defensa. En este sentido, cuanto más se escala en la graduación de medidas de protección más se vulnera el derecho de defensa del imputado y más motivación se exige a las medidas a adoptar. De esta forma, el emplear un testimonio prestado en un proceso anterior nos pone de relieve la extrema gravedad de los delitos cometidos en la República de la Ex Yugoslavia, pues semejante vulneración de derechos procesales no puede venir motivada sino por razones de fuerza mayor.

conocer el Tribunal *Ad hoc* constituyen un *numerus clausus*, como es propio en los tribunales internacionales en materia penal. Así, el conocimiento del TPIY se reduce, tal como se desprende de sus art. 2 a 5 a violaciones de Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o usos de la guerra, delito de Genocidio y delitos de lesa humanidad.

Por tanto no se puede comparar éste ámbito objetivo, que ya de por sí se encuentra restringido, con la regulación interna en que se abre la posibilidad al legislador de ofrecer la protección en más o menos casos respecto al conjunto de figuras delictivas recogidas en un cuerpo legal tan amplio como es el Código Penal.

Procede hacer mención, sin embargo, a que guarda silencio tanto el Estatuto del TPIY como sus reglas de procedimiento y prueba respecto a si la protección se restringe a algunos de los delitos de que puede conocer el tribunal o si es aplicable a todos. Observando la clase de delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento ante este tribunal, siendo de especial gravedad como delitos contra las personas, en particular contra la vida, llevados a cabo por responsables políticos y militares cabría afirmar que no existe restricción alguna.

II-ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 19/1994, DE PROTECCIÓN A TESTIGOS Y PERITOS EN CAUSAS CRIMINALES:

1-Ámbito subjetivo de aplicación:

A) La figura del testigo:

Es conveniente señalar que la amplitud en la concepción de la figura del sujeto sometido a protección coincide con la apertura respecto al propio concepto de testigo. Si bien hace unas décadas el concepto de testigo debía revestir la cualidad de ajenidad al proceso³⁷, en la actualidad la cualidad de testigo se puede predicar de sujetos que han presenciado hechos delictivos por que los han sufrido ellos mismos, como el caso de las víctimas; también por que han contribuido a su comisión, caso de los coimputados o arrepentidos

³⁷ SILVA MELERO, V. *La prueba procesal*. Editorial revista de Derecho Privado: Madrid, 1964, pág. 207.

(pese a puntuales pronunciamientos jurisprudenciales en contra de la inclusión del coimputado en el ámbito de protección³⁸); o por que ellos mismos han colaborado en la averiguación del delito, como sucede con la figura del agente encubierto.

Esta amplitud en el concepto hace surgir el peligro de que la declaración se lleve a cabo por móviles espurios o vengativos, pues el declarante ya no es totalmente ajeno al proceso. El tener en cuenta testimonios que respondan a dichas finalidades en igualdad de condiciones que el de un sujeto totalmente ajeno al proceso quebraría derechos fundamentales del imputado y supondría una regresión a sistemas procesales ya desterrados de nuestro ordenamiento. Por ello es especialmente importante el conocimiento por parte del órgano encargado del enjuiciamiento de las relaciones que entre declarante y acusado existan, pues pueden poner de manifiesto posibles circunstancias contaminantes de la declaración. Y a estos efectos el legislador ha previsto que se pregunten al testigo las llamadas “generales de la ley”, (436 LECrim, en sede sumarial, y por remisión 708 del mismo cuerpo legal)

Como señalaba anteriormente el concepto de testigo ya desde hace unos años se aparta de las exigencias de ajenidad, y pasa a convertirse en un concepto más amplio en lo que al proceso penal respecta, de tal forma que el Tribunal Supremo, ya antes de la promulgación de la LOPT dota a la institución de una apertura que permite hacer una interpretación amplia de la misma en cuanto a su ámbito subjetivo³⁹.

Una cuestión discutida que tiene vital trascendencia en la figura legal de protección de testigos, es el olvido del legislador respecto a la familia del sujeto sometido a protección. La problemática cuestión tiene su origen en que la LOPT establece como requisito el ya reiterado peligro grave hacia el sujeto o hacia sus familiares, sin embargo en el mismo artículo concede la garantía de las medidas de protección únicamente al testigo o perito. La cuestión no es baladí, pues si el riesgo también lo sufren los familiares según el tenor de la Ley, a ellos debe también corresponder protección. Si advertimos que el contenido de las medidas de protección en ocasiones cede en favor del imputado, por razón de sus

³⁸ STS 6831/2006, de 27 de octubre, Fundamento de derecho 21º

³⁹ En efecto, el TS en sentencia 14240/1992, Fundamento de Derecho 2º. Define al testigo como *toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción*, sin hacer mención a ningún otro requisito, como la mencionada ajenidad que antes caracterizaba a la figura.

derechos fundamentales, como es el caso del levantamiento del anonimato que establece el art. 4.3 LOPT, nos damos cuenta del peligro que supone para el entorno familiar del testigo la regulación legal si este entorno familiar no tiene un amparo jurídico equivalente al del sujeto protegido, por ejemplo basado en medidas como un cambio de identidad o de residencia. De esta forma, las consecuencias de la declaración inculpativa para el entorno familiar sólo se salvarían en supuestos casi de laboratorio, como el de un testigo anónimo cuya identidad no se hiciera pública en fase de juicio oral (art.4.3), al que se otorgara cambio de residencia (art.3.2) y que no hubiera convivido en el mismo entorno que el acusado, (la misma ciudad por ejemplo) pues en ese caso el acusado nunca podrá identificar a sus parientes, pues tampoco reconoce al testigo por sus rasgos físicos al no conocerlo con anterioridad. Además, para colmo de exigencias, en este caso se deben de haber tomado las precauciones necesarias en cuanto a restricción de la publicidad del proceso de cara a la opinión pública, pues lo contrario serviría al acusado para llegar a identificar al testigo y a su familia. Siendo así, no parece demasiado eficiente proporcionar protección a un sujeto en que se han de dar todas estas circunstancias cuando su testimonio no puede servir de prueba de cargo principal, es decir, como fundamento decisivo de una condena⁴⁰. Por su parte, en lo que respecta al testimonio oculto el perjuicio es elevadísimo, pues el conocimiento del nombre y apellidos del testigo delata por sí solo su origen familiar, aunque no se conozcan sus rasgos físicos. En mi opinión entiendo que la no referencia a los familiares se debe a un descuido legislativo, pero aunque en la práctica jueces y tribunales acuerden adoptar medidas respecto a la familia, no estaría de más que el poder legislativo, como único poder con potestad de dictar normas de este rango lo hubiese tenido en cuenta.

B) El perito como sujeto sometido a protección:

La figura del perito ha estado tradicionalmente ligada de por sí a la ajenidad respecto a los hechos que se enjuician en el proceso, limitándose a la aplicación en auxilio del

⁴⁰ Es importante señalar este último extremo, pues en uno de los más importantes pronunciamientos del TEDH sobre esta materia se puso de manifiesto la imposibilidad de que un testimonio bajo anonimato constituyese el fundamento único y exclusivo de una condena. STEDH en el caso Kostovski c. Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989. Fundamento de Derecho 44.

tribunal de la ciencia, arte, técnica y en general conocimientos de que disponga para un mejor entendimiento por parte del órgano enjuiciador de algunas fuentes de prueba. Ya se ha señalado en este trabajo que la cualidad del saber del perito se basa en que este es objetivo, al contrario que el del testigo, que ha tomado conocimiento directo de los hechos que se enjuician y los expone en el plenario.

Legalmente, y esto supone una novedad si tenemos en cuenta la legislación comparada⁴¹, la protección que se puede dispensar al perito es idéntica a la del testigo. Esta previsión legal choca con la tradicional sustituibilidad del perito en el proceso, siendo pocas las excepciones que esta sustituibilidad presenta -no existencia de dos peritos igual de preparados, imposibilidad del perito o que la visión del mismo sea esencial⁴² -, pero se ve respaldada por el tradicional deber de colaboración con la Justicia y con principios de economía procesal, pues una situación en que fuera necesario sustituir a peritos constantemente por el peligro que corren debido a su intervención en el proceso no haría más que entorpecer la maquinaria judicial y dilatar sus tiempos. El estudio de la evolución de la jurisprudencia en la materia nos revela que la protección a peritos ha sido a lo largo de la vigencia de la LOPT un mecanismo poco empleado, pues apenas nos permite recoger algunos casos en que haya operado.⁴³

Sin embargo, cuando posteriormente se hable de la criminalidad organizada se hará referencia a uno de sus principales rasgos, como es la internacionalización. Esta circunstancia hace surgir la figura del intérprete, como persona con un determinado conocimiento, en este caso un idioma, y que en principio ha de deponer obligatoriamente ante el tribunal, pues ha de traducir las declaraciones del procesado, el hacerlo por escrito con posterioridad a la declaración sería inviable procesalmente, pues si el interlocutor no conoce el significado de la respuesta difícilmente podrá avanzar en el interrogatorio, por ello es práctica habitual el traducir desde una sala contigua a la del tribunal, beneficiándose de una medida de ocultamiento.

La figura del intérprete puede ser un ejemplo que en la práctica se produzca con más frecuencia si hablamos de la protección de peritos, sobre todo en el ámbito de la

⁴¹ Cuestión resaltada en MORAL MORO, M. *Sobre la protección a testigos y peritos...* pág. 11 y ss.

⁴² CAMARENA GRAU, S. La prueba pericial en el proceso penal. *Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. 2003, n° 2, págs. 1514-1529.

⁴³ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág. 164.

delincuencia organizada transnacional, lo cual nos obliga a orientar la visión de este estudio en los procesos de más calado en el ámbito de la criminalidad organizada, aquellos que se siguen en sede de la Audiencia Nacional.

Uno de los casos más relevantes en relación a la protección de intérpretes queda reflejado en la SAN 48/1999 de 3 de diciembre, en que se condena a una red formada por personas de nacionalidad siria, holandesa y española por tráfico de drogas. En el citado caso las conversaciones de varios miembros de la red se llevan a cabo por teléfono en lengua kurda, lo cual hace necesario que tanto en sede policial, en que se realizaban las escuchas, como posteriormente por parte del Ministerio Fiscal se soliciten intérpretes de esta lengua, quedando posteriormente sometidos a medidas de protección por parte del instructor (sumario 334/96 del Juzgado central de instrucción nº 3), las cuales no fue necesario prorrogar por que no intervinieron en el juicio oral, en que únicamente se aportaron las traducciones obrantes en autos.

C) La víctima-testigo y su intervención en el proceso:

En primer lugar es importante resaltar la incidencia que en el ámbito de un proceso penal en que se pretende dar cabida a la víctima tuvo la promulgación de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante LEVD). Dicho instrumento normativo vino a unificar un concepto que se encontraba disperso por la legislación procesal y penal, muchas veces empleando diferentes términos de forma indistinta como el de perjudicado u ofendido. Por otra parte, en el plano que nos ocupa, la promulgación de la LEVD presta apoyo a esa interpretación extensiva del ámbito subjetivo de la LOPT. El estatuto de la víctima del delito opta por diferenciar víctima directa, aquella que sufre un daño o perjuicio en su propia persona o patrimonio, y víctima indirecta, concepto en que se incluye a diversos familiares de la víctima directa, pero únicamente en casos de delitos que produzcan la muerte o desaparición de la víctima directa (art. 2. a) y b) LEVD. La decisión del legislador de contemplar como víctima a los familiares e incluirlos en la regulación está inspirada determinados instrumentos internacionales en la materia ya existentes treinta años antes, como la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de la Asamblea General de Naciones Unidas, que en sus art. 1 y 2 da una definición prácticamente idéntica a la de la LEVD. La unificación de criterios a que lleva la creación de este Estatuto es oportuna para consolidar un proceso penal moderno en que la víctima

tenga cabida, que ya no se trate únicamente de la contraposición de intereses entre el Estado y el delincuente, pues hasta hace pocos años tanto el Derecho Penal como Procesal Penal estaban orientados de esta forma⁴⁴. El principal motivo de creación de un Estatuto de la víctima es la necesidad de trasposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de Octubre de 2012, tal como se establece en la Exposición de motivos de la LEVD (párrafo II). En esta directiva tienen una trascendental importancia las medidas de protección, que buscan que la víctima gane confianza en las autoridades⁴⁵, pues se pretende garantizar la protección de la víctima antes, durante y después del proceso.

En los artículos 19 y ss. de la LEVD se abordan las medidas de protección, teniendo especial importancia en lo que al objeto del trabajo se refiere las relativas a la protección de la intimidad de la víctima. A este respecto ha de señalarse que existen dos tipos de medidas. En primer lugar las adoptadas en fase de juicio oral, que corresponden al Juez o Tribunal y que en virtud de lo establecido en el art. 682 de la LECrim. -redacción dada por la LEVD en su DF 1ª dieciocho- pueden llevar a una restricción de la publicidad de los actos del mismo. Por otro lado nos encontramos con las medidas que aborda la LEVD en su propio articulado (art. 22), que buscan una protección de la intimidad de la víctima *ad extra* durante todo el proceso, y para ello se conmina a que todos los que intervengan en él la hagan efectiva.

En cuanto a la protección de la víctima respecto al propio infractor, se prevé que la disposición de las dependencias en que se desarrollen los actos del proceso, sean de instrucción o enjuiciamiento, sea tal que evite el contacto directo entre víctima y victimario. A este respecto el legislador español ha ido más allá que el Europeo, pues en la Directiva que fue objeto de trasposición -y cuyos mínimos han de ser traspuestos al ordenamiento interno-, esta clase de dependencias se contemplan únicamente respecto al lugar en que se hayan de desarrollar las sesiones del juicio oral. De esta forma el legislador español ha sumado protección a la víctima respecto al mínimo exigido desde Europa. Además, podemos destacar aquellas medidas relativas a la protección de la víctima frente

⁴⁴ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág, 75.

⁴⁵ GÓMEZ COLOMER, J. Víctima del delito y Europa, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2015, nº17, págs.. 100-129.

a los riesgos de victimización. El art. 21 de la LEVD dispone una serie de medidas, tales como el recibimiento de la declaración de la víctima sin dilación indebida, que el número de declaraciones sea el menor posible y la posibilidad de ser acompañada por una persona de su elección en la práctica de las diligencias en que tengan que estar presente. De esta forma se consigue que el paso de la víctima por el proceso sea lo menos traumática posible.

Puede observarse la coexistencia de regímenes legales cuando el declarante es víctima del delito. Ley de enjuiciamiento criminal, Ley Orgánica de Protección de testigos y peritos y Estatuto de la víctima del delito. Algunas de las medidas previstas son técnicamente las mismas en los diferentes cuerpos normativos, pues a modo de ejemplo, el ocultamiento de la declaración de la víctima en el acto de juicio puede justificarse en base al art. 2 b) de la LOPT o por razón de la protección garantizada en la LEVD (art. 20). En cualquier caso no se produce una duplicidad o un solapamiento de las medidas, sino que el sujeto sometido a la misma, por su cualidad de víctima se ve beneficiado de una regla especial al respecto, que atiende a otras razones de política legislativa distintas a las que inspiran la legislación en materia de protección de testigos. De esta forma podrá verse beneficiada del ocultamiento tanto si se cumplen los requisitos para actuar como testigo protegido como, por ejemplo, si se corre riesgo de victimización. Y por ello estas medidas ni se solapan ni se excluyen, sino que atienden a supuestos de hecho diferentes y no incompatibles.

D) El coimputado como testigo protegido:

En primer lugar es necesario hacer mención en el presente apartado a qué es lo que entendemos por coimputado. Desde mi punto de vista coimputado es todo aquel sujeto que ha participado presuntamente en la comisión de un delito y frente al que se dirige la acción penal, junto a otros sujetos. La extensión en la aplicación de la LOPT a los coimputados es una construcción doctrinal y jurisprudencial. El origen del reconocimiento de beneficios penales a los sujetos que colaborasen con la justicia tiene su origen en Roma con el nacimiento del llamado Derecho premial respecto a los delitos de *lesa majestad*⁴⁶, cuya principal motivación era fomentar la colaboración con la justicia.

⁴⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la justicia penal. *Anuario facultad de Derecho de Ourense*, 2005, nº1, pág. 544.

Diversos filósofos a lo largo de la historia han tenido oportunidad de pronunciarse acerca de su parecer sobre este tipo de proceder por parte del Estado. Así autores como BECCARIA se han manifestado en contra de la práctica de fomentar la delación con beneficios penales por considerarlo una traición por parte de la nación y una flaqueza por parte de la Ley, al tener que implorar socorro a quien transgrede las normas⁴⁷. Otros como BENTHAM, se postulaban en favor de la figura, basándose en criterios utilitaristas, como no podría ser de otra forma. En efecto, Bentham consideraba mejor la impunidad de uno a la de todo el grupo, aún teniendo en cuenta los peligros de esta práctica, pues de entre los delincuentes no sólo habrá uno que saldrá impune, sino que además saldrá recompensado⁴⁸. Hoy en día esta conducta del Estado está principalmente motivada por la opacidad de las organizaciones criminales. De esta forma el empleo de la figura del coimputado para atacar a la organización criminal desde dentro es clave para la justicia penal en determinados casos. La principal motivación por parte del acusado en colaborar no es más que la concesión de beneficios en cuanto a su *status* jurídico con relación a la causa de que se trate y una eventual inclusión en un programa de protección de testigos, por razones obvias.

Otra crítica que se hace al Derecho Premial, más allá de si es políticamente correcto o no el que el Estado emplee la figura del coimputado, es que favorece a determinados miembros de organizaciones criminales en detrimento de otros, pues el cabecilla o jefe de la organización siempre podrá aportar más información o de mayor valor que un simple delincuente común del que la organización se sirve para sus fines.⁴⁹

En lo relativo al marco normativo al que nos hemos de ajustar, ya se señaló con anterioridad la inexistencia de mención expresa de la figura en nuestro ordenamiento procesal. No obstante, en virtud de los compromisos adquiridos por nuestro país en el marco de la UE y de Naciones Unidas han de destacarse dos instrumentos normativos que son de especial importancia, además de determinadas manifestaciones de derecho premial en el ordenamiento interno como pueden ser la atenuante de confesión del art. 21.4 CP, o

⁴⁷ BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, Cap. XXXVII “atentados, cómplices e impunidad” 1764.

⁴⁸ BENTHAM, J. *Théorie des peines et des recompenses*. Cap. XIV, De las recompensas de la delación que se prometen a los cómplices. Londres, 1811.

⁴⁹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la justicia penal. *Anuario facultad de Derecho de Ourense*, 2005, nº1, pág. 552.

el tratamiento que se da a los arrepentidos en materia de tráfico de drogas y terrorismo (arts. 376 y 579 bis 3 CP). La normativa internacional es posterior a la existencia en nuestro Código Penal de estas manifestaciones de derecho premial, por ello puede decirse que el legislador español ha advertido con anterioridad la necesidad de esta clase de medidas, quizás por la realidad social existente en aquel entonces. El primero de ellos es la Decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004 del Consejo, en la cual se pretende armonizar a nivel europeo la incentivación de la colaboración con la justicia, siempre bajo determinados requisitos. En segundo lugar, y en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre crimen organizado, de 12 de diciembre del 2000, se prevén medidas como atenuación de la pena (art. 26.1 y 2), llegando incluso a la inmunidad, y haciéndose mención expresa a la necesidad de establecer medidas de protección en favor de estos sujetos tal como se hace con los testigos (art.26.3 y 4). De esta forma, la legislación española en materia procesal, careciendo de contenido en este concreto aspecto de los coimputados, se ha de interpretar extensivamente a la luz de los instrumentos internacionales con los que nuestro país se ha comprometido y en este sentido se ha de brindar la misma protección que a otro testigo del proceso. Esto se explica por que el coimputado corre la misma suerte que el testigo ya que por su delación respecto a la organización criminal puede sufrir represalias, y por ello es probable que sienta temor. Pese a que la protección de testigos supone una excepción a diversos principios procesales, y toda excepción ha de interpretarse de forma restrictiva, no supone una banalización normativa o un uso inadecuado de la Ley dotar de protección a quien, al fin y al cabo, ha presenciado hechos delictivos y sobre ellos depone en el plenario.

La unanimidad en cuanto a este extremo no existe. Así, el Tribunal Supremo se ha manifestado en alguna ocasión considerando que las medidas de protección no se pueden aplicar a este tipo de sujetos por falta de previsión legal⁵⁰, lo cual implica una interpretación restrictiva del ámbito subjetivo de la LOPT que choca con la voluntad de instrumentos de derecho supraestatal como los antes mencionados, y más teniendo en cuenta que el elemento realmente determinante ha de ser el riesgo o peligrosidad, tal como exige el art. 1.2 LOPT. Riesgo o peligrosidad al que por descontado están expuestos los coimputados.

⁵⁰ STS 6831/2006, de 27 de octubre Fundamento de derecho 21º.

E) El agente encubierto:

La razón de ser de la inclusión en las modernas técnicas de investigación criminal del agente encubierto responde a fines de persecución del delito principalmente motivados por esa opacidad a que antes se hacía referencia. Al ser las organizaciones criminales en ocasiones grupos herméticamente cerrados y al suponer la inclusión en ellos la inmediata comisión de ilícitos penales el Estado ha decidido crear esta figura con el fin de poder desarticular grupos organizados desde dentro, dotando de impunidad al agente encubierto dentro de unos márgenes delimitados por el delito provocado (art. 282 bis 5), debiendo el agente llevar a cabo una actuación pasiva u omisiva en cuanto a la perpetración de delitos por parte de los integrantes de la organización⁵¹.

Agente encubierto puede ser todo aquel integrante de la Policía Judicial, que se infiltra en una organización criminal con el fin de desarticularla. Hay que poner de relieve, que pese a poder desempeñar estas funciones todo agente de las mencionadas unidades, ninguno podrá ser obligado a hacerlo (art. 282 bis 2 LECrim.).

Esta última cuestión no es baladí, de una interpretación conjunta de los dos primeros apartados del art. 282 bis LECrim. se puede inferir que, si el agente no puede ser obligado a infiltrarse, y el Juez de instrucción -o el Fiscal con inmediata comunicación a aquel- pueden autorizar la medida de infiltración, la conclusión es que no pueden ordenarla, sino en último término sugerirla a las unidades de policía judicial adscritas a ese juzgado de conformidad con el art. 30.2 de su Ley, o por supuesto autorizarla⁵². Esta es una cuestión especialmente relevante por la proyección que tiene sobre la vida e integridad física del agente que se infiltra el propio hecho de hacerlo. Pues si el juez o fiscal pudieran ordenar esta clase de medidas, el límite del cumplimiento del deber del agente llegaría, en mi humilde opinión, demasiado lejos.

Hemos de poner el acento en una cuestión clave para y es que su identidad real quedará salvaguardada, actuará bajo identidad ficticia, pudiendo mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso y beneficiarse de las medidas de protección a que se refiere la

⁵¹ REY HUIDOBRO L.F, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2000, pág. 332

⁵² EXPÓSITO LÓPEZ ,L. *El agente encubierto*. Tesis realizada en la Departamento de Derecho Penal y Criminología UNED. 2015.

LO 19/1994 de Protección de testigos y peritos en causas criminales(282 bis 2 LECrim.). Lo cual implica un beneficio mayor que el conferido en la LECrim. a todo agente que testifica en el plenario de poder hacerlo bajo su número de identificación(art. 436LECRim.), pues con esta previsión la otra parte no tendría ni por qué saber que el declarante es agente de la autoridad. Menoscabando el derecho de defensa.

También en relación con la salvaguarda de las medidas de protección es fundamental resaltar un tremendo acierto legislativo al establecerse en el art. 282 bis 1 LECrim. que la resolución que autorice esta clase de medidas, sea auto del Juez de instrucción o decreto del Fiscal, deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad, creando una suerte de secreto sumarial parcial. Pues si no fuera de esta manera, al tener las partes acceso a las actuaciones en fase de instrucción, la eficacia de la infiltración, y lo que es más importante, la seguridad del agente, quedarían seriamente amenazadas⁵³.

3-Especial valoración de determinados testimonios:

A) La víctima del delito:

Jueces y tribunales han de tener especial cautela en la valoración de declaraciones de víctimas en las que existan móviles de enemistad o venganza, más allá de la animadversión que pueda hacer surgir el propio hecho delictivo entre víctima y autor. Máxime en supuestos de adopción de medidas de protección, en cuyo caso podría darse un aliciente a testificar faltando a la verdad.

Ahora bien, las medidas tendentes a descartar estos móviles espurios, que contaminarían el testimonio prestado, deben respetar en todo caso la dignidad de la víctima, y evitar, tanto como sea posible, la contribución a la victimización secundaria. Al efecto, la jurisprudencia ha desarrollado un conjunto de criterios que sirven para orientar al juzgador sobre la veracidad del testimonio prestado, pese a que no desplazan la libre apreciación de este⁵⁴. El primero de los elementos a que se ha de hacer referencia es la

⁵³ MOLINA MANSILLA, M.C. *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*. Barcelona: Bosch, 2009, pág. 29.

⁵⁴Entre otras, SSTS 1435/2002, de 10 de septiembre, Fundamento de Derecho 2º y 1266/2005, de 24 de octubre, Fundamento de Derecho 1º.

ausencia de incredibilidad subjetiva. En la formulación de este concepto ha tenido un especial peso la jurisprudencia del TS, que lo define como la “*inexistencia de alguna razón que pueda explicar la formulación de la denuncia contra una persona determinada, que no sea la propia realidad de lo denunciado*”⁵⁵. Ha de tratarse de una ausencia de móviles de enemistad ajenos a los hechos, pues no se puede exigir a la víctima que no tenga resentimiento por los hechos por los que se procede.⁵⁶ En segundo lugar se valora la existencia de corroborantes externos de tipo objetivo. Estos son datos que, si bien no prueban el hecho principal afirmado, dan un soporte de carácter indirecto al mismo, pues ambos forman parte de un mismo contexto. Por ejemplo, una víctima aporta un ticket de compra de un supermercado en cuya puerta ha sido atracada. Ciertamente el ticket puede ser de otra persona, pero se trata de un dato que viene a corroborar de forma periférica o indirecta su versión. Corroborante externo puede ser otro testimonio, pero la ausencia de este o de otros medios de prueba, quedando como único el testimonio de la víctima, no impiden una destrucción de la presunción de inocencia.⁵⁷ El último de los elementos es la persistencia en la declaración inculpativa. La realidad del proceso penal hace que la declaración de la víctima se pueda repetir en diferentes ocasiones a lo largo del mismo. De esta manera, puede practicarse como diligencia de investigación ante los miembros de las FF.CC de seguridad del Estado, ante el juez de instrucción en una o varias ocasiones y finalmente como medio de prueba en fase de juicio oral. La jurisprudencia pone especial empeño en el cumplimiento de este requisito, pues interpreta un cambio de declaraciones como una falta de verosimilitud del relato, pese a considerarse desde el punto de vista psicológico que es posible que la víctima consiga acordarse de nuevos datos, clarificar recuerdos o desmentir aspectos de declaraciones anteriores.⁵⁸

B) El coimputado:

⁵⁵ STS 1029/1997, de 29 de diciembre, Fundamento de Derecho 6º.

⁵⁶ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág. 276-277. En este mismo sentido STS 927/2000, de 24 de junio, Fundamento de Derecho 1º.

⁵⁷ STS 5834/2003, de 29 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º.

⁵⁸ FERREIRO BAAMONDE, X., op. cit., pág. 316 y ss.

En lo que respecta al coimputado hay que hacer varias menciones. En primer lugar, por su propia condición el coimputado no tiene obligación de decir verdad, de confesarse culpable y ni siquiera de declarar⁵⁹(cuestión especialmente problemática para el sometimiento a contradicción por parte del acusador⁶⁰. Tampoco puede ser investigado por falso testimonio en caso de mentir⁶¹. Todas estas cuestiones llevan a la jurisprudencia a desarrollar un conjunto de directrices para comprobar su veracidad. Muchas de ellas son coincidentes con las vistas respecto a la víctima, en particular las relativas a la comprobación de las relaciones precedentes entre los coimputados, la existencia de móviles espurios o sospechosos y la exigencia de corroborantes externos, siendo además fundamental este último punto respecto a la validez como prueba de cargo de este testimonio⁶². Otras responden a las particularidades propias de la figura del coimputado, pues se trata de un delincuente. Como por ejemplo el ánimo de autoexculpación o determinados rasgos de su personalidad.⁶³

3-Ámbito objetivo de aplicación: ¿criminalidad organizada o *numerus apertus*?:

El ámbito objetivo de la LOPT queda delimitado por la clase de procedimientos y la clase de delitos en que se puede aplicar la misma. El hecho de que el propio cuerpo normativo no haga mención a esta cuestión desconocemos si trae causa de la pereza legislativa o de

⁵⁹ LEAL MEDINA, J. El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea. *Diario La Ley*. 2013, nº 8063, pág.1-18.; DÍAZ PITA, M.P. *El coimputado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág. 380 y ss.; ALCÁ CER GIRAO, R. El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo? (Comentario a las SSTC 11/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2012, nº94-95, pág. 1-9.

⁶⁰CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V., op. cit. ,pág 387.

⁶¹ MARCA MATUTE, J. El imputado y el derecho de defensa en la instrucción. En ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. 1ª Edición. Madrid: Wolters Kluwer, 2010, pág. 371-442 ; DÍAZ PITA, M.P., op. Cit., pág. 380 y ss.

⁶² STS 1717/2013, de 1 de abril, que configura como *conditio sine qua non* la existencia de corroborantes externos, Fundamento de Derecho 3º.

⁶³ Todos estas directrices encuentran apoyo jurisprudencial y se encuentran destacadas en VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág, 285-290.

la intención de que la Ley sirva de cobertura protectora respecto a cualquier clase de delito y en cualquiera de las vertientes procedimentales que nuestra Ley procesal establece para el procedimiento criminal. Es conveniente señalar que la consecuencia de esta ausencia de concreción hace que en principio la figura sea aplicable a toda clase de procedimiento, tanto en la Jurisdicción Militar como en la ordinaria, y dentro de esta al procedimiento previsto en la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado (LOTJ), a los Juicios de Menores y a los juicios por delitos leves. Por otro lado es indiferente la naturaleza de la infracción cometida, es decir, en principio no hay restricción por razón del delito enjuiciado.

Hay que señalar que en el anteproyecto de Ley que el PNV presentó pretendía titular la Ley como *de protección a denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales*, anunciando una restricción de la protección. Sin embargo, el legislador del año 1994 decidió no ceder a tales intenciones, y no hacer concreciones en el título de la Ley que pudieran restringir su ámbito objetivo, acertadamente bajo mi punto de vista, existiendo hoy en día una protección que podríamos calificar de universal, en lo relativo a su amplitud legal. La decisión legislativa de titular finalmente la ley como *de Protección a testigos y peritos en causas criminales*, sin restringirlo a determinadas causas criminales fue debida en buena parte a las enmiendas presentadas tras la propuesta de Ley⁶⁴.

Bajo mi punto de vista el elemento clave en la protección de testigos debe ser la peligrosidad que para el sometido a protección revista la situación, con independencia del delito cometido. Pero es importante resaltar que si bien el foco de atención se ha de poner en el riesgo que corran el testigo o la víctima, el que se adopten o no medidas de protección dependerá casi siempre de la peligrosidad del presunto autor. Por tanto, la valoración que se ha de llevar a cabo debe consistir en si la víctima o testigo se consideran amenazados ,si existe un peligro grave, en palabras de la LOPT teniendo en cuenta la peligrosidad del presunto autor y la que de las circunstancias fácticas se derive para el testigo⁶⁵.

⁶⁴ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit.. 145 y ss.

⁶⁵ No referida a peligrosidad criminal en el sentido del art. 95.1.2º CP, que condiciona la adopción de medidas de seguridad, sino a peligrosidad como categoría utilizada respecto al peligro grave que la LOPT pone como condición a la adopción de medidas de protección.

En la práctica el 90% de casos en que se aplica la protección se enjuician delitos de criminalidad organizada⁶⁶ -tráfico de armas o drogas, trata de seres humanos etc.- pues en estos delitos la potencial peligrosidad para un testigo se ve más claramente, ya que en esta clase de organizaciones existe lo que se viene llamando la *cultura de la supresión de la prueba*⁶⁷ además de darse una mayor internacionalización, más disposición de medios materiales y personales y un empleo habitual de la violencia. Pese a ello no escapan de dicha peligrosidad el enjuiciamiento de otros tipos penales, pues afirmar lo contrario sería tanto como decir que si el autor no opera a través de una red organizada no puede tomar represalias contra el testigo, lo cual carece de todo sentido. Piénsese en un vecino que escucha una agresión en la vivienda de alado y acude a testificar en juicio. Evidentemente no estamos ante un caso de criminalidad organizada, y sin embargo podemos afirmar que en determinados casos y respecto a determinados acusados podría ser peligroso para el testigo. En las anteriores páginas de este trabajo, al hacer un estudio comparado con la legislación italiana en materia de protección de testigos vigente en los años 90, consideré como poco adecuado el restringir la protección a casos de Mafia y drogas, asesinatos o cualquier otro delito castigado con penas de veinte o más años de prisión -ámbito objetivo de la Ley italiana en aquel entonces-, pues hacerlo determina negar peligrosidad a efectos de protección de testigos a situaciones de comisión de delitos que no entran en el abanico que el legislador establece. Si bien es entendible el hecho de que se haya diseñado de esta forma en Italia, por sus particularidades en cuanto a criminalidad, en especial en aquel momento histórico. Ahora bien, pese a que mi postura no es de restricción de la figura a unos u otros tipos penales o clases de procedimientos, también considero que se ha de justificar en mayor medida la protección en aquellos supuestos en que no se actúa a través de estructuras organizadas, pues aunque el acusado puede tomar represalias igualmente, -pese a no formar parte de un grupo organizado-, las dificultades que se le presentarán a él solo para dar con el testigo serán mayores que en el caso de acusados que pertenezcan a estructuras criminales, lo cual también hace menos

⁶⁶ GARCÍA PÉREZ, J. Criminalidad organizada y protección a testigos y peritos en el proceso penal español. Ob. Col. (Dir.) GRANADOS PÉREZ, C. *Cuadernos de derecho judicial*. 2001, nº 2, pág. 269-336.

⁶⁷ DELGADO MARTÍN, J. La criminalidad organizada: respuesta del sistema penal. *Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Perú*. Pág. 8.

probable la agresión o la amenaza. Por ello, el menoscabo en los derechos del acusado que se producirá a raíz de la adopción de medidas protectoras en casos en que no estemos hablando de delitos de criminalidad organizada ha de estar más justificado en la peligrosidad del acusado o en las posibilidades que este tenga de llegar a menoscabar de alguna forma derechos del testigo. La razón de ser de esta mayor exigencia de un riesgo para el declarante se basa en que esos rasgos de la criminalidad organizada que antes señalaba y que facilitan la toma de represalias no se suelen dar respecto a un sujeto que no opera dentro de una. En especial los relativos a la internacionalización y las facilidades logísticas o de disposición de medios materiales para tomar represalias. Además de que una excepción vulneradora de derechos fundamentales, como es la figura de la protección de testigos, no debería convertirse en regla.

Bajo mi punto de vista la solución correcta sería dar preferencia a los casos de criminalidad organizada y valorar minuciosamente la adopción de medidas en el resto de casos, sin llegar a banalizar la norma. Doctrinalmente el ámbito objetivo de la figura no escapa de posturas discrepantes. Se ha señalado que en lo relativo al juicio por delitos leves (art. 962 y ss. LECrim.) la entidad de las infracciones no parece propiciar los riesgos que la LOPT pretende contrarrestar⁶⁸. Sin embargo en mi opinión, sostener esta postura implica confundir la gravedad del delito, que ciertamente puede ser baja, con la peligrosidad que pueda surgir para el declarante por el hecho de comparecer. En apoyo a esta postura, se ha afirmado que lo que realmente se ha de evaluar es el miedo y/o el peligro del testigo de forma individualizada y en cada caso, no limitando la protección a determinados delitos⁶⁹.

4-El concepto de criminalidad organizada:

En cuanto a qué hemos de entender por criminalidad organizada, ha de acudirse al art. 570 bis del CP vigente, que establece un tipo delictivo cuyas notas esenciales son la actuación de más de dos personas y que esta se mantenga estable o indefinidamente en el tiempo para la comisión de delitos, sin especificar cuales. Por su parte la LECrim.,

⁶⁸ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit. pág. 156.

⁶⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal. *La Ley*. 2009, nº 7260, págs.1-20.

definiendo la delincuencia organizada a efectos de utilización de agentes encubiertos coincide con la legislación sustantiva al exigir la presencia de tres o más personas, y restringe la posible adopción de la medida a unos concretos tipos penales (art.282 bis).

Adicionalmente, la consideración de criminalidad organizada no es la misma en todos los países, de tal forma que en ocasiones cambian los criterios, y organismos o asociaciones de expertos de carácter internacional tienen su propio concepto de qué hemos de entender por criminalidad organizada. A modo de ejemplo, el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la Delincuencia organizada exige la intervención de al menos dos personas para la comisión de delitos que tengan señalada pena de al menos cuatro años de cárcel. Mientras que en el ámbito de la ONU, el Convenio de Palermo del año 2000 en su art. 2 exige que sean al menos tres las personas que concierten de forma estable o indefinida la comisión de delitos graves. La discrepancia existe entre estos instrumentos, no obstante en el plano interno es recomendable que exista una definición legal de la figura, pues el fenómeno de la criminalidad organizada exige la utilización de mecanismos de carácter material y procesal que quiebran algunos de los principios del Estado de Derecho ⁷⁰ y por tanto, el hecho de que la Ley recoja un concepto de este fenómeno contribuye a la seguridad jurídica de todos en general, y de quien se va a ver perjudicado por ellos en particular.

Las medidas de la LOPT se adoptarán más habitualmente en casos en que se vean involucrados grupos criminales o bandas organizadas. Sin embargo, la banalización de la norma ha llegado al punto de aplicarla a casos de simple concurrencia de voluntades para delinquir, -sean complicidad, coautoría, cooperación necesaria u otra categoría de autoría y participación-, pero no tratándose de casos de criminalidad organizada y en los que el elemento de la peligrosidad no existía en absoluto ⁷¹. En este punto tiene una importancia

⁷⁰ DELGADO MARTÍN, J. La criminalidad organizada: respuesta del sistema penal. *Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Perú*. Pág. 13.

⁷¹ SSTS 8865/2007, de 19 de diciembre y 1113/2012 de 23 de febrero. En la primera de ellas es de vital importancia la exclusión que se hace por parte del Alto Tribunal de la aplicación de la norma de protección de testigos a casos como el que se enjuicia, pues debido a las circunstancias del mismo -inexistencia de grupo criminal por ser únicamente una persona la enjuiciada y aplicación del criterio de insignificancia penal en cuanto a la cantidad de droga vendida- la utilización de esta Ley excede de lo extraordinario y roza

decisiva la intención del instructor, que normalmente tenderá a conceder la protección si considera que la misma puede facilitar su labor de averiguación del delito.

III-ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE DETERMINADOS CONFLICTOS DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PROCESALES:

1-Planteamiento previo: el interés social y los intereses eventualmente contrapuestos del testigo o perito y del acusado:

Cuando hablamos de intereses en juego⁷² en el ámbito de la protección de testigos lo hacemos respecto a derechos, y en especial con relación a derechos fundamentales. Así, en una misma situación jurídica podemos encontrarnos con derechos de carácter subjetivo, que serán ostentados por las personas físicas intervinientes en el proceso y relacionadas o afectadas por la protección (sujeto sometido a protección por una parte, e investigado o acusado por otra); y con el interés del Estado en llevar a cabo una investigación adecuada para ejercer su facultad de perseguir el delito y al delincuente, y de imponerle una pena (*ius puniendi*).

El peso de los intereses de los intervinientes, aquellos que llamo subjetivos y que se relacionan directamente con derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, determinará la existencia e importancia que haya de tener la figura del testigo o perito protegido en el proceso. De esta forma, dependiendo de la entidad de la amenaza a

la vulgarización de la misma, estando esta reservada a casos de delincuencia grave y crimen organizado, tal como se expresa en el Fundamento de derecho 2º.

En la segunda de las sentencias mencionadas, pese a existir varias personas que habían concertado la comisión de delitos, en particular tráfico de drogas, la mera existencia de esa pluralidad no comporta *per se* la peligrosidad de dichos sujetos, respecto a la cual nada se había hecho constar en las actuaciones (Fundamento de derecho 4º). Ello es así por que la existencia de un grupo criminal no requiere que se den circunstancias de violencia, piénsese en delitos de “cuello blanco”, en que las organizaciones criminales que los cometen no suelen emplear violencia. En consecuencia la aplicación de la norma a este caso concreto supone una normalización de una situación que de ordinario se concibe como excepcional, como es la protección de testigos.

⁷² VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit., pág.154. Además ha sido resaltada la existencia de tres intereses en juego (acusado, testigo y Estado) en GIMENEZ PERICÁS, A., op.cit. pág 51-58.

algunos de sus derechos fundamentales podrá otorgarse o no protección o prorrogarse o no la misma. Por su parte el interés del Estado en la averiguación del delito y del delincuente más que computar en dicho pesaje de derechos enfrentados supondrá una constante que la lógica lleva a pensar que beneficia al sujeto sometido a protección, pues el Estado quiere corregir las conductas incorrectas a través del instrumento que dispone, el derecho penal, y en ese sentido se tenderá a pensar que ese interés del Estado siempre estará más del lado del sujeto protegido que del lado del imputado.

Pese a ello no hay que olvidar que este constante posicionamiento en beneficio del sujeto protegido tiene su límite en los derechos del imputado y en los pilares del propio sistema democrático. La razón de ser de esto se encuentra en los mismos fines del proceso penal, que aún siendo una de las principales armas de represión de la delincuencia siempre se ha de encauzar sin menoscabo de los derechos de aquel contra quien se dirige⁷³. De esta forma, las vulneraciones de derechos del imputado deben ser proporcionales al riesgo que corra el declarante. Este riesgo puede manifestarse como una amenaza a su vida, su integridad física o moral, su seguridad, su libertad o la de su familia, con especial relevancia cuando se puede producir una situación de victimización en el declarante, o más aún cuando el declarante es la propia víctima.

Podríamos afirmar que sufren menoscabo el derecho de defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a conocer el acusador, el derecho a que se lleven a cabo interrogatorios de forma contradictoria y a que se efectúen en igualdad de condiciones que las otras partes o que respecto al resto de testigos. Todos estos derechos se encuentran encuadrados o derivan directa o indirectamente del art. 24 CE y del art. 6 del CEDH y se verán en mayor o menor medida afectados por la adopción de las medidas establecidas en la LOPT.

La protección de testigos plantea, encuadrada en el ámbito procesal en que la misma se encuentra inserto, un conflicto de intereses. Este conflicto, ya previsto por el legislador en la Exposición de motivos de la Ley⁷⁴, se produce, como ya se mencionó con anterioridad, entre derechos fundamentales. La salvaguarda de dichos derechos de que

⁷³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V., op. cit. ,pág 37.

⁷⁴ En efecto, se señala en la misma que la Ley “*tiene como norte hacer posible el 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*”.

son titulares los sujetos sometidos a protección se ve motivada por razones sociológicas y psicológicas como el miedo, en especial cuando hablamos de la víctima-testigo, demostrando la práctica cómo han de suspenderse un elevado número de juicios por incomparecencia de la víctima cuando es citada⁷⁵, así como el riesgo de victimización. Además se encuentra esta salvaguarda condicionada a la apreciación de un riesgo grave por la autoridad judicial (art. 1.2 LOPT). De esta forma, la adopción de unas u otras medidas de protección vendrá determinada por el mayor o menor riesgo que se aprecie. Un primer conflicto se produce entre los derechos del testigo, y el interés del Estado en la persecución del delito, con el consiguiente deber de aquel de prestar declaración y hacerlo de forma veraz, encuadrado en el genérico deber de colaboración con la justicia (art. 118 CE). No obstante este deber, el Estado no puede exigir a un sujeto su colaboración en el proceso si de ésta se va a derivar un perjuicio para él que menoscabe bienes jurídicos como la vida o la libertad. En este punto se ha manifestado como uno de los deberes del Estado el de conceder un trato leal al testigo, lo cual implica un derecho a la protección contra agresiones indebidas⁷⁶. El testigo es en muchas ocasiones un interviniente clave en el proceso, de hecho tiene una importancia esencial en el mismo, de forma que si el Estado no garantiza su protección, la colaboración con el sistema judicial, muy especialmente en su vertiente penal, queda mermado a ojos de la ciudadanía. A este respecto, instrumentos internacionales han señalado que “es fundamental que los testigos, que son la piedra angular de una investigación y un enjuiciamiento eficaces, confíen en los sistemas de justicia penal”⁷⁷, y difícilmente podrán confiar en un sistema que no aporte unas garantías a su vida, su libertad o su seguridad.

Es necesario poner en relación esta existencia de conflicto entre derechos con las concretas medidas que se adopten, pues el menoscabo de unos derechos en beneficio de otros variará según la medida de protección que se decida autorizar. Para que estas medidas se llegasen a adoptar y tanto en fase de instrucción como de enjuiciamiento se

⁷⁵ MAGRO SERVET, V. Hacia una ley integral de la víctima en el proceso penal; una propuesta sistemática. *La Ley*. 2009, págs. 1552-1560.

⁷⁶ ROXIN, C. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pág. 236.

⁷⁷ Prólogo del Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Hecho en Nueva York en el año 2008

desconociera la identidad del testigo o se dificultara o impidiera su identificación visual normal debería concurrir un riesgo alto, de conformidad con la clasificación de riesgos que al efecto se ha desarrollado⁷⁸ y que los dividiría en altos, moderados y mínimos.

Un riesgo alto es aquel que se da respecto a personas que poseen alto contenido de información respecto a hechos delictivos y por ello sufren una amenaza mayor a determinados bienes jurídicos. De esta forma, podríamos señalar que cuando el riesgo es alto los derechos en juego son la vida, la integridad física y moral, la libertad y la seguridad, tanto del testigo como de sus familiares, lo cual enlaza con la protección jurídica de la familia (arts. 15,17.1 y 39 CE) e indirectamente aumenta el menoscabo a la propia integridad moral del testigo, al ver amenazados a sus seres queridos. Por su parte, cuando el riesgo es moderado o mínimo, éste tiene un peso menor en la balanza y los derechos del imputado podrían prevalecer. La valoración del riesgo es un aspecto fundamental en la adopción de la medida, ya que una estimación incorrecta del mismo puede hacer que se produzca una protección desproporcionada, afectando gravemente el derecho de defensa del imputado. Y *sensu contrario*, menospreciar un riesgo existente puede tener consecuencias fatales.

Las más importantes medidas de carácter estrictamente procesal que se pueden adoptar según la LOPT son el testimonio anónimo y el testimonio oculto. Otras, no menos importantes pero que la doctrina no ha desarrollado con la extensión de las primeras consistirían en la fijación de la sede del tribunal a efectos de citaciones al sujeto protegido, ciertas restricciones de la publicidad del proceso, en particular algunas que limitan la actuación de medios de comunicación y ya en el ámbito extraprocesal el cambio de identidad del sujeto.

2-El conflicto de intereses en el testimonio anónimo:

Esta medida, sin duda la más lesiva para los derechos del imputado, consiste en que el testigo declare sin que se conozca su identidad ni su domicilio, pudiendo asignársele un número o cualquier otra clave (art.3.2 LOPT), pero lo hará siendo visto por el público, las defensas y el acusado. Que el testigo declare siendo visto por los que se encuentren

⁷⁸SCHAPHIRO,H.I, NOGUEIRA,J.M.,SALATINO,E.H. *Protección de víctimas y testigos en delitos de lesa humanidad*. 1ª Edición. La Plata: Librería Editora Platense,2010, pág. 54.

en la sala no es una cuestión baladí, pues el reconocimiento físico es uno de los principales aspectos que el imputado puede emplear a su favor para tomar represalias, junto con los datos de identificación del testigo o perito, como su nombre, apellidos, lugar de residencia, de trabajo o profesión y que son objeto de esta medida de protección. El principal derecho fundamental que se ve amenazado, y que por tanto el Juez instructor y el Juez o Tribunal que conozca del asunto podrán proteger a través del anonimato es la intimidad personal y familiar, pues no hay que olvidar que lo que se está salvaguardando en primer lugar es la identidad del testigo. Sin embargo la protección de este derecho fundamental va directa e inevitablemente encaminada a la protección de otros con él relacionados, tales como la vida, la integridad física y moral, la seguridad y la libertad. Esto se explica porque si el acusado no conoce los datos identificativos del testigo, aquellos fundamentales para poder conocer su origen o su paradero, se le dificultará enormemente la adopción de medidas de represalia contra él. Por su parte, el perjuicio que se irroga al acusado cuando se adopta esta medida se predica respecto a algunos de sus derechos procesales. El menoscabo se produciría respecto a aquellos reconocidos en el art. 24 CE y en instrumentos internacionales como el CEDH, que en su art. 6 garantiza la publicidad del proceso y la necesaria contradicción en el interrogatorio de los testigos. En general, lo que se produce es una vulneración a un proceso con todas las garantías, del que forman parte una gran cantidad de derechos de carácter procesal⁷⁹ y que se ven mermados por la adopción de medidas de protección.

En primer lugar, la vulneración del principio de contradicción y de igualdad de partes en el proceso. Esta se manifiesta no pudiendo el abogado formular un interrogatorio en igualdad de condiciones que la parte contraria, que sí conoce tanto las circunstancias de identificación y fácticas de su testigo (protegido por el anonimato), como las del acusado. Ello es así porque no se conoce su identidad, dificultando al letrado la búsqueda de posibles enemistades o intereses del testigo frente al acusado, pues si la defensa desconoce la identidad de la persona a quien pretende interrogar puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito⁸⁰.

⁷⁹ AMBOS, K., MALEEN POSCHADEL, A. Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo. *Revista general de Derecho Penal* .2013, N°20, págs. 1 y ss.

⁸⁰ Caso Kostovski c. Países Bajos, STEDH de 20 de noviembre de 1989. Fundamento de derecho 42°.

Durante la fase de instrucción la defensa no podrá buscar elementos que contradigan la declaración del testigo, y que de conocerse su identidad facilitarían su labor. Al no poder indagar en los posibles puntos débiles de la declaración por no conocerse la identidad del declarante se menoscaba el principio de igualdad de armas, el de contradicción y con él el derecho de defensa.

Cabe señalar que el principio de contradicción ha de ser respetado en la práctica de todos los medios de prueba, que deberían, según la línea jurisprudencial del TEDH⁸¹, practicarse en vista pública y someterse a un debate contradictorio en presencia del acusado. Además, la necesidad de que el acusado goce de una ocasión adecuada y suficiente para poder discutir un testimonio en su contra⁸² se ve claramente mermada, pues ni puede ser adecuada ni suficiente a efectos de interrogatorio de un testigo la práctica de la citada prueba cuando ha habido un previo desconocimiento de la identidad del mismo desde el inicio del procedimiento hasta el juicio oral.

Es importante señalar la posibilidad que se abre en el art. 4.3 LOPT de solicitar motivadamente el levantamiento del anonimato, pues en caso de que el tribunal acceda a ello beneficiaría a la defensa, pues el tiempo que haya de transcurrir entre el auto en que se admita la prueba de testigos (art. 659 y 785.1 LECrim.), en el cual se deberá levantar el anonimato, y el inicio de las sesiones del juicio oral otorgaría un lapso suficiente para la averiguación de cuantos datos estimen pertinentes con sus defendidos acerca del testigo, de las posibles enemistades entre ambos, su relación, y cualesquiera otras a efectos de ejercitar el derecho de defensa. En este caso la merma de los citados derechos no es demasiado elevada, en especial si entre el citado auto y el inicio de las sesiones concurre tiempo suficiente para preparar la defensa en condiciones de igualdad. El extremo relativo al tiempo suficiente para preparar la defensa goza de importancia en base a la exigencia del art. 6.3.b) CEDH de que ello sea precisamente así. Pues una vulneración de esta cuestión podría implicar una posible sentencia del TEDH, que obligase a la revisión de la resolución emanada en el ámbito interno (954.3 LECrim)

⁸¹Caso Mesesnel c. Eslovaquia, de 28 de febrero de 2013.

⁸²Tal como se exige en STEDH, de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia. Fundamento de derecho 29.

Por otro lado se produciría una vulneración del derecho a conocer al acusador. El desconocimiento del acusador es una técnica proscrita ya por la anterior LECrim de 1872(art. 166 y 168). En la LECrim actual la denuncia anónima es una conducta igualmente no permitida(art. 266-268). A este respecto el derecho de defensa se vería vulnerado por el desconocimiento de quién formula la acusación⁸³.

Hay que tener en cuenta que la autoridad judicial, en vista de los derechos en conflicto expuestos hasta ahora, deberá llevar a cabo una valoración, una ponderación de los mismos en diferentes momentos procesales. De esta forma, el órgano instructor podrá adoptar la medida y salvaguardar la identidad del testigo para las declaraciones que en esta fase preste. Por su parte, y es aquí donde reside la problemática, el órgano de enjuiciamiento podrá mantener el anonimato, con la dificultad que supone que la ley no deje demasiado claros determinados extremos a este respecto.

La facultad conferida a la defensa para la solicitud de levantamiento del anonimato (art. 4.3), y que se refiere exclusivamente a esta medida⁸⁴, plantea una duda interpretativa de la que depende no cualquier derecho, sino los más arriba expuestos y que son de titularidad del testigo protegido. En efecto, la ley no deja claro si el juez ha de levantar obligatoriamente el anonimato del testigo con la simple petición motivada de la defensa o si, por el contrario esa motivación ha de ser suficiente a ojos del tribunal. La consideración del TS sobre este extremo, plasmada en reciente jurisprudencia, es que la motivación ha de ser suficiente, no bastando la genérica alegación de indefensión⁸⁵. Se garantiza así una petición por la defensa basada en fundamentos lógicos que convengan al juzgador y no en meras alegaciones genéricas por parte del letrado.

⁸³ABELLA LOPEZ, J. El derecho a conocer la identidad del acusador en el proceso penal. Condena basada en el testimonio anónimo(A propósito de la STC 75/2013, de 8 de abril). *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2014, N°108, pág. 6-34.

⁸⁴ La LOPT excluye la posibilidad de que las partes puedan solicitar que se levante la medida de ocultamiento adoptada en instrucción, al referirse el art. 4.3 únicamente a la revelación del nombre y apellidos del testigo o perito y estableciéndose que se respetarán el resto de medidas que a testigos y peritos concede la ley, entre las que se encuentra el ocultamiento.

⁸⁵ STS 384/2016 , 5 de mayo de 2016 . Fundamento de Derecho 4º. En el mismo sentido STS 7629/2001 de 8 de octubre, Fundamento de Derecho 1º; STS 479/2002 de 28 de enero, Fundamento de Derecho 3º; y STS 2890/2008 5 de junio, Fundamento de Derecho 4º.

Por otra parte, si lo único que se exigiese fuera la motivación en dicha petición la defensa siempre ejercería esta posibilidad que le ofrece el art. 4.3 y los derechos del sujeto sometido a protección a través de esta medida de anonimato únicamente podrían garantizarse en fase de instrucción.

Lo que está bastante claro es que la decisión tomada por el tribunal sí ha de ser suficientemente motivada, al menos respecto a la medida de ocultamiento. Al efecto, por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional (264.1 LOPJ) (en adelante APTS) de 6 de octubre del año 2000 se estableció el requisito de motivación racional por parte del tribunal cuando decida que el sujeto sometido a protección declare en el plenario aplicándosele medidas de ocultamiento. Siendo controlable casacionalmente una deficiente o inexistente motivación al respecto. Respecto a la adopción o alzamiento de oficio del resto de medidas el APTS 6 de octubre de 2000 nada dice al respecto.

3-El conflicto de intereses en el testimonio oculto:

Procede iniciar la explicación de esta medida de protección definiendo lo que doctrinal y jurisprudencialmente se ha venido llamando testimonio oculto. Ambas, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el testimonio oculto pierde una característica respecto a la anterior medida de protección pero tiene otra que lo diferencia de ella. Y es que en el testigo oculto, la identidad del sujeto sometido a protección se conoce, no obstante este declara protegiéndose su imagen, dificultando o impidiendo su reconocimiento físico.

Así, podría definirse como testimonio oculto aquel que se presta sin ser visto por el acusado, pero en el cual el principio de contradicción y el conocimiento de la identidad del testigo son respetados⁸⁶. De esta forma, tanto el TEDH, que en el caso Lüdi c. Suiza hace uso de esta institución del testimonio oculto, como el Tribunal Supremo tienen un concepto idéntico de esta figura de protección procesal, matizando el TS que el testimonio oculto se practica sometiendo la imagen del sujeto protegido a cierto grado de opacidad a la visión o al control de las partes en el proceso⁸⁷. El perjuicio que se irroga a la defensa del procesado es evidente pues el abogado no puede valorar las reacciones a las preguntas

⁸⁶ FUENTES SORIANO, O. La LO 19/94 de Protección de testigos y peritos. *Revista de derecho procesal*. 1996, Nº 1, pág. 135-162.

⁸⁷ STS 649/2010, de 18 de junio, Fundamento de Derecho 4º.

que formula y la consiguiente fiabilidad de las respuestas⁸⁸ por que el testigo no se encuentra a la vista de aquel. En este caso se contraponen los derechos del testigo (vida, integridad física y moral...) con el derecho a la publicidad del proceso, principal derecho afectado. El derecho a un proceso público lo ostentan tanto el acusado como la sociedad en general y se encuentra reconocido y al mismo tiempo excepcionado tanto en la CE (art. 24.2 y 120.1), como en la LOPJ (art.232 y ss.), así como en la LECrim (art. 649, que la reconoce de forma genérica para todas las actuaciones desde la apertura del juicio oral y 680 y ss.). Este principio, que rige de forma genérica en el proceso penal, podrá ser excepcionado de acuerdo con las leyes procesales. Por descontado las excepciones existen. Las mismas pueden excepcionar la publicidad del proceso penal de forma genérica o hacerlo de forma específica, restringiendo la publicidad respecto a determinadas actuaciones como la intervención de testigos o peritos sometidos a esta concreta medida de protección. La primera excepción genérica en materia penal respecto a la publicidad de las actuaciones se produce en fase de instrucción, en que las mismas no están disponibles con carácter general para el común de las personas, pero sí para los intervinientes en el proceso⁸⁹. Esta restricción genérica tiene dos fines, en primer lugar guardar el buen nombre del acusado, proteger su honor en tanto no haya una sentencia condenatoria y por otro lado garantizar el buen fin de la investigación⁹⁰.

Esta restricción genérica se predica respecto a todos aquellos que no participen en él, pues de ordinario los letrados e investigados (en general las partes) podrán, sin difundir datos relativos a la instrucción penal, conocerlos y ejercitar así debidamente el derecho de defensa. De hecho la revelación de datos de este carácter puede acarrear sanciones disciplinarias o incluso penales, de conformidad con lo establecido en el art. 301 LECrim y 466 CP.

⁸⁸ Caso Mechelen y otros c. Países Bajos de 23 de Abril de 1997. En efecto, en este caso se combinó la figura del testimonio anónimo, en base al cual se veían protegidos dos agentes encubiertos, con el testimonio oculto, puesto que estos declararon en una habitación separada de los letrados y sus defendidos.

⁸⁹ AIMER MARTÍN, O., Noticias Jurídicas. *La publicidad de las actuaciones judiciales*.(consultado el 9/01/2019).<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11742-la-publicidad-de-las-actuaciones-judiciales/>

⁹⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V., op. cit.,pág. 205-206.

Lo que ocurre en la práctica es que el régimen disciplinario contemplado en el art. 301, que pretende que los intervinientes en el proceso sean disuadidos de sus intenciones de revelar datos de las actuaciones que se llevan a cabo en fase de instrucción no tiene toda la aplicación práctica que debería, no exigiéndose las responsabilidades en él contemplada⁹¹.

En el escalón siguiente encontramos el secreto sumarial a que hace referencia el art. 302 de la LECrim. Técnica controvertida en la práctica judicial por su teórica restricción a un mes de duración según el tenor literal de la norma⁹². La misma consistiría en la no comunicación de las actuaciones y la no intervención de las partes, excepto el Mº Fiscal, y que ha de estar justificada en alguna de las razones que se establecen en el art. 302 LECrim. En tercer lugar, y ya en fase de juicio oral, se puede restringir la publicidad de las actuaciones por razones de protección de todos los intervinientes en el proceso y en particular de la víctima (681 y ss. LECrim). La principal finalidad será la de, bajo mi punto de vista salvaguardar la identidad de la víctima de la difusión a través de medios de comunicación de la misma, pues este es el sentido literal del art. 682. En éste caso, el derecho de la sociedad a controlar al tribunal, esencia misma de la publicidad del proceso, se restringe en favor de derechos fundamentales de titularidad de la víctima que, desde un punto de vista humano no quiere verse reconocida como protagonista o participe en procesos en ocasiones de gran calado mediático. Respetándose así la intimidad personal que a la misma reconoce el art. 18 CE.

Por último cabe señalar también que la publicidad del proceso podría restringirse, en el sentido del art. 682 LECrim también en favor del acusado en fase de juicio oral. La publicidad de las actuaciones puede menoscabar, como ya se ha señalado con anterioridad, derechos fundamentales de este como su honor o su intimidad, al verse sometido a juicios paralelos fruto de la intervención en el proceso de los medios y la

⁹¹ Al respecto se puede consultar la STC 216/2006, de 3 de julio. En ella se aborda la supuesta vulneración del derecho al honor constitucionalmente reconocido (art. 18.1) de un ex ministro, al ser revelados datos sobre un chalet de su titularidad que se manejaban en el ámbito de un proceso penal cuya instrucción se seguía con secreto sumarial. Destacada en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V. Op cit., pág. 205.

⁹² Al respecto STC 176/1988, de 4 de octubre. Fundamentos de Derecho 3º y 4º.

difusión que estos hagan de datos del mismo. Con estos juicios paralelos se traslada el debate a una sede que no es la judicial, careciendo pues de las garantías idóneas⁹³. Después de abordar de forma genérica las excepciones al principio de publicidad en el proceso penal procede hacer lo propio cuando la medida adoptada es la de protección a un testigo o perito, de tal forma que los derechos fundamentales contrapuestos serán unos en concreto. Teniendo en cuenta que el testimonio oculto supone testificar sin ser visto pero conociéndose la identidad del testigo, el sentido del mismo puede atender a dos razones. En primer lugar evitar un reconocimiento del testigo por sus rasgos físicos. Por otro lado proteger a éste de las consecuencias emocionales o psicológicas que para el mismo puede tener tomar contacto directo con el acusado y declarar en su contra, viéndolo y siendo visto por él. Esta última cuestión no es irrelevante desde el punto de vista de la victimización. Incluso en casos en que el acusado conoce perfectamente al testigo y se sabe públicamente quién es se puede proceder a solicitar y concederse la medida de ocultamiento, tal como ocurrió en el caso Bretón con el testimonio de la madre de los niños. Hay que señalar que la victimización secundaria es uno de los factores que más directamente inciden en la adopción de esta medida en favor de la víctima. Este concepto se ha definido como todas las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas o económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal⁹⁴, y es un fenómeno que contribuye también al menoscabo de la integridad moral del testigo.

Tenemos que partir de la base ,por tanto, de que existe un riesgo, una amenaza para el sujeto interviniente, sea un testigo o un perito. Este riesgo o amenaza ya menoscaba de por sí un derecho fundamental como es la integridad moral. Pero además es que ese riesgo va dirigido hacia otros bienes jurídicos, que se identifican con derechos fundamentales, como son la vida, la integridad física(art. 15 CE) y la libertad y seguridad(art.17.1 CE). Por su parte el acusado verá mermados de nuevo derechos procesales que le son propios

⁹³ AIMER MARTÍN, O., Noticias Jurídicas. *La publicidad de las actuaciones judiciales*.(consultado el 9/01/2019).<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11742-la-publicidad-de-las-actuaciones-judiciales/>

⁹⁴ GUTIERREZ DE PIÑEROS,C.CORONEL,E.PEREZ,C. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *LIBERABIT* .2009,nº15, págs. 49-58.

puesto que, al consistir el testimonio oculto en una medida que imposibilita la visualización normal del testigo existirá una dificultad para el letrado de la defensa, pues la inmediación con que puede observar al testigo ordinariamente se ve disminuida en el caso de que respecto al mismo se disimulen sus rasgos faciales, o imposibilitada si este declara detrás de un biombo. Estas dos son de las medidas más comunes y que han sido resaltadas por la doctrina⁹⁵, pero que sin embargo no son las únicas, puesto que se ha señalado la posibilidad de que además pueda el sujeto sometido a protección deponer en una sala aparte, sin ser visto por el público ni por los letrados, ni tampoco por el tribunal, o la opción intermedia de que deponga siendo visto únicamente por el tribunal y los letrados⁹⁶ y no por los acusados ni el público, que considero más acorde con el respeto al ejercicio del derecho de defensa. El problema de esta última opción es que choca con el deber de todo letrado de informar a su cliente que se infiere del art. 42 del Estatuto General de la Abogacía (EGAE), además de no existir medio a través del cual se pueda controlar si se ha producido una revelación de los rasgos físicos del sujeto sometido a protección por parte del letrado hacia su cliente o si los datos los ha revelado otro sujeto que haya presenciado el interrogatorio, pues en último término la intervención de las conversaciones entre ambos supone una vulneración del derecho al secreto profesional y al derecho de defensa.

Además de las posibles medidas de ocultamiento, admite el TS la posibilidad de que cualquiera de estas medidas se adopten complementadas con una distorsión de la voz, lo cual ha llegado a calificarse como una equiparación del testimonio oculto con el anónimo⁹⁷.

Estas circunstancias determinan generalmente una lesión al derecho de defensa. Pero dependiendo de las medidas de ocultamiento que se empleen la lesión al derecho de defensa será mayor o menor. Si el riesgo de reconocimiento y consiguiente posibilidad de adopción de represalias es alto, evidentemente se tomarán las medidas que más protejan al testigo y que por otro lado más lesionan el derecho de defensa, como sería el hecho de que el testigo declare en una habitación separada (lo cual por cierto dificultaría

⁹⁵ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit., págs. 219-220.

⁹⁶ STS 2342/2014 de 10 de junio. Fundamento de Derecho 2º.

⁹⁷ NAVARRO VILLANUEVA, C. La protección a testigos y peritos. *Justicia: revista de derecho procesal*. 2009, nº 3-4, págs. 87-118.

la necesaria intermediación judicial que exige el art. 229.2 LOPJ, pues obligaría a declarar a través de un circuito cerrado de televisión o videoconferencia).

Otro de los perjuicios que se puede producir en este caso es de cara al control social de la acción de la justicia, puesto que la medida de ocultamiento puede implicar que el sujeto sometido a protección no sea visto por el público presente en la sala si el juicio se desarrolla en audiencia pública. Esta situación ya no enfrenta dos derechos fundamentales de dos sujetos en concreto sino que se debería analizar como la evitación de un daño a un sujeto en sus derechos fundamentales (en particular la intimidad, el honor, la propia imagen, la vida, integridad física, moral, seguridad y libertad), privando a la sociedad del control a la acción de la justicia en un determinado caso y bajo determinadas circunstancias motivadas.

4-La restricción de la publicidad en el acto del juicio oral:

Antes de nada es imprescindible aludir a la CE y a las leyes procesales para encuadrar el derecho a un proceso público en el ordenamiento y su trascendencia en el marco del Estado de Derecho. La importancia de la publicidad del proceso garantizada en el art. 120 CE y que pueden excepcionar las propias leyes procesales se evidencia en las consecuencias que se pueden derivar de su falta, la sanción es de nulidad de lo actuado si no se respeta lo prescrito por el art. 232.1 de la LOPJ y 680 LECrim y las sesiones no se celebran de forma pública sin un pretexto de protección de derechos de algún interviniente en el proceso. El origen del principio consagrado por los citados artículos lo encontramos en las directrices o principios típicos del proceso liberal del siglo XIX que se fundamentan en la protección del inculcado frente a una justicia secreta y en el control, por parte de la sociedad, de la sumisión del juez a la Ley⁹⁸. De esta forma la regla general ha de ser la publicidad del procedimiento -más aún por tratarse de un proceso penal- como no podría ser de otra forma en un Estado democrático.

En esta contraposición de intereses entra en juego un nuevo sujeto, la sociedad a la que abstractamente se le concede el derecho al control del enjuiciamiento. Las medidas legales adoptadas para la restricción de la publicidad del proceso tienen su razón de ser en el hecho de que el riesgo del interviniente en el proceso bajo protección se magnifica

⁹⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, MORENO CATENA, V., op. cit.,pág. 411.

por la difusión mediática⁹⁹ Es de señalar que en fase de juicio oral, tal como veíamos antes, existe posibilidad de restringir la publicidad de las actuaciones en beneficio de las víctimas, y al respecto el legislador (art. 681 y ss. LECrim) se ha encargado de establecer una serie de reglas que protegen a la víctima frente a las consecuencias negativas que para ellas tenga o pueda tener la publicidad del proceso. La nueva redacción de muchos de estos preceptos se debe a la creación de la LEVD. La restricción de la publicidad del proceso constituye una clara medida de protección procesal de cara a preservar el derecho a la intimidad de la víctima. Sin embargo esta clase de medidas no se adopta únicamente respecto a las víctimas sino que el testigo o perito protegido que no sea víctima puede verse también beneficiado de reglas especiales al respecto y que no se encuentran en sede de la LECrim, sino que su regulación es específica. De conformidad con lo establecido en el art. 3.1 de la LOPT podrá retirarse por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado el material fotográfico o videográfico en que pueda aparecer el sujeto protegido, siendo inmediatamente devuelto en cuanto se compruebe que el mismo no contiene fotografías o tomas del sujeto sometido a protección. Se ha señalado a esta medida como extra procesal¹⁰⁰, manifestando que no conculca ni derechos del acusado ni principios del proceso. Desde mi punto de vista, una medida que se manifiesta durante el proceso y que se ve directamente relacionada con uno de los principios rectores del proceso penal como es la publicidad, directamente restringiéndola, no puede ser llamada extra procesal. En consecuencia, al igual que con el resto de medidas de carácter procesal, si en la valoración o ponderación que el juez o tribunal haya de llevar a cabo pesan más los derechos del sujeto sometido a protección que los del acusado o la sociedad a conocer el proceso ,se podrán adoptar medidas como esta. Más aún cuando el propio derecho a la información se encuentra limitado por el derecho a la vida y demás derechos reconocidos en el Título I de la Constitución (art.20.4 CE). En conclusión, que bajo mi punto de vista esta medida se ha de someter igualmente a la ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que exige el art. 4.1 LOPT, máxime

⁹⁹ GIMENEZ PERICÁS, A., op. cit., pág 51-58.

¹⁰⁰ VEGA DUEÑAS, L.C., op. cit., págs. 241-245.

cuando su virtualidad práctica se orienta más a las sesiones del plenario que a la fase de instrucción, existiendo en aquellas un foco mediático mayor.

El carácter de esta medida podría calificarse como de complementario a las dos principales medidas procesales, ya que si a un sujeto se le concede anonimato y este no se alza al inicio del juicio oral, el permitir que los medios tomen imágenes de esta persona en sala no contribuiría, más bien al contrario, a preservar el anonimato garantizado. Si se decide en cierto momento procesal adoptar medidas de anonimato u ocultamiento y posteriormente se da la posibilidad de difundir imágenes del sujeto protegido se está dando posibilidad a la defensa de conocer circunstancias del testigo o perito, y éste es un derecho que la defensa tiene vedado por el propio reconocimiento del anonimato, por que el órgano correspondiente ha considerado que los derechos del sujeto sometido a protección tienen más peso en la balanza.

Estas medidas de restricción de la publicidad afectan directamente a la sociedad, a su control sobre la actuación judicial. No así al acusado, pues como se ha señalado anteriormente, estas operan como complemento a otras medidas adoptadas y no son más que la consecuencia lógica de ellas. No viéndose este más perjudicado de lo que ya se encuentra por causa del anonimato u ocultamiento de quien declara contra él. En conclusión, el derecho a un proceso público, reconocido en el art. 24.2 CE, en que la sociedad sea partícipe y someta a control al tribunal enjuiciador se ve limitado por la adopción de medidas de protección de la identidad o identificación visual de, fundamentalmente el sujeto sometido a protección o de la víctima.

Por último no hay que dejar de mencionar la cláusula abierta del art. 4.1 de la LOPT, que permite adoptar medidas de protección no incluidas en el articulado de la Ley y que responde a una tendencia expansiva en materia de protección¹⁰¹. Se desconoce cuales son, pues el legislador no las establece. Lo que está claro es que han de ser medidas distintas a las propias que garantiza la Ley, que puedan de alguna forma servir a los fines de la misma, protegiendo a un sujeto, y que además han de ser sometidas al juicio ponderativo del Tribunal.

¹⁰¹ GIMENEZ PERICÁS, A., op. cit. pág 51-58.

CONCLUSIONES

CONCLUSIÓN 1: “ *DE LA BREVEDAD DE LA LEY Y SUS CONSECUENCIAS*”

Es, sin duda alguna el aspecto más gráfico de la materia, el reducido tamaño del texto normativo que la sostiene, restando seguridad jurídica y dando pie a una interpretación jurisprudencial excesiva, sin perjuicio de que sea asimismo acertada desde un punto de vista de la finalidad de esta figura.

Prueba de ello son los pronunciamientos que se han llevado a cabo desde su promulgación en una amplia lista de aspectos jurídicos relacionados con la protección de testigos. Comenzando por los sujetos a quien les es aplicable, que si bien es una cuestión en que existe jurisprudencia consolidada, genera una inseguridad desde el punto de vista práctico, quedando al albur del supremo intérprete de la Ley posibles cambios de criterio. Refiriéndome en especial a los puntuales pronunciamientos en contra de la inclusión del coimputado en nuestro sistema de protección, respecto a un ámbito subjetivo que ya se presumía consolidado.

Aspecto reseñable es también el relativo al alzamiento de medidas a instancia de parte que prevé el art. 4.3 LOPT. La regulación es parca, pues únicamente se centra en el levantamiento del anonimato, no haciendo mención al ocultamiento. De esta forma, el Juez o Tribunal puede mantener, modificar o suprimir cualquiera de las medidas (anonimato, ocultamiento), adoptando la decisión de oficio. Mientras que las defensas únicamente pueden solicitar el alzamiento del anonimato. La asimetría es clara y no se explica por la naturaleza de la medida de ocultamiento, que de hecho es menos lesiva para los derechos del acusado que el anonimato.

Otro aspecto que demuestra la poco recomendable brevedad de la LOPT es la necesidad de que en esta materia se acuda a la jurisprudencia del TEDH a efectos de dar luz a como se han de encauzar determinadas medidas que quiebran principios, como el de contradicción. Siendo este el caso del levantamiento del anonimato de forma tardía, en base a la posibilidad que a este respecto concede el art. 4.3 LOPT y que entraría en directa colisión con la jurisprudencia del TEDH y la dicción literal del art. 6.3 b) CEDH, que promulga el derecho a tener el tiempo necesario para preparar la defensa. De forma que

un tiempo reducido entre el levantamiento del anonimato y la deposición del testigo protegido llevaría a la inexcusable vulneración de dicho precepto.

En este aspecto mi conclusión ha de ser en sentido negativo para con el desarrollo legislativo, considerando que una nueva regulación más completa podría ser muy positiva para un tema tan delicado en nuestro sistema procesal penal.

CONCLUSIÓN 2: “DEL CONTEXTO HISTÓRICO Y DE LAS RAZONES DE PROMULGACIÓN”

Respecto a la primera de las cuestiones enunciadas considero altamente gratificante desde el punto de vista intelectual poder encauzar un tema de relevancia jurídica desde un punto de vista histórico, siendo la Historia una de las ramas del saber que más me ha apasionado a lo largo de mi vida. En particular la Historia reciente de España, en los años previos a la promulgación de este cuerpo normativo, ha sido de especial interés para, yo creo, el análisis de muchos aspectos sociales y cambios producidos recientemente.

Por otra parte, desde un punto de vista de total humildad, y como elemento negativo, sospecho haber dado con la realidad que responde a la promulgación de esta ley. Pues juntando en la misma ecuación el miedo a la impunidad criminal que se desprende de la exposición de motivos, la volatilidad de las medidas previstas en la LOPT, sumadas a la obligación Constitucional de colaboración con la justicia de todo el que tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, da como resultado un claro oportunismo por parte del Estado. Una situación de protección altamente volátil que en absoluto garantiza nada en muchas ocasiones, por su reversibilidad sobrevenida al inicio del proceso.

En definitiva, un criterio de utilidad legislativa al servicio del Ius Puniendi y la investigación criminal. Muy por encima del criterio humano que habría de teñir una institución que garantiza tan importantes derechos.

CONCLUSIÓN 3: “DE LA APLICACIÓN DE LA LEY”

En este punto las cosas empiezan a mejorar, es aquí donde se ha de reseñar tanto aciertos legislativos como correctos desarrollos jurisprudenciales a los que ya he hecho mención.

La no restricción en cuanto a los tipos delictivos y tipología procedimental aplicables a esta figura la reseño como uno de los mayores aciertos de nuestro legislador, pues es coherente con el criterio que rige en la misma, el peligro o riesgo del sujeto potencialmente protegible.

Por su parte, el correcto desarrollo jurisprudencial en el ámbito subjetivo denota madurez y humanismo en nuestros tribunales, apartándose de una interpretación puramente literal se consigue adaptar la institución de la protección a la realidad procesal y a un concepto amplio y moderno de testigo, en que en calidad de tales deponen personas no ajenas al devenir del proceso, pero que son terceros cuyos derechos más fundamentales se pueden ver amenazados. Es este por tanto, un ejercicio de lo que en palabras de *ROXIN* se podría calificar como de lealtad con el testigo por parte del Estado de Derecho.

Volviendo al legislador, es coherente también la complementariedad que se hace entre medidas procesales y aquellas cuya aplicación no ha sido objeto del presente trabajo, las llamadas extraprocesales, que en ocasiones quedan condicionadas a la existencia de asignación presupuestaria correspondiente, que a modo de pega se podría traer a colación por el olvido del legislador en tantos años respecto al desarrollo reglamentario que la propia ley exige.

CONCLUSIÓN 4: “DEL OBJETO PRINCIPAL DEL TRABAJO, EL CONFLICTO DE DERECHOS”

Es, sin duda alguna, la principal cuestión que he abordado en el presente trabajo y la que con diferencia más tiempo invertido ha supuesto. El esquema principal, de derechos pertenecientes a sujetos concretos y derechos pertenecientes a la sociedad en su conjunto, se plasma en las medidas de protección, resultando altamente útil. Siendo en algunas de mayor intensidad el enfrentamiento intersubjetivo, apartándome del significado que este término tiene en la teoría general del proceso como enfrentamiento entre posturas derivadas de aplicación de normas de Derecho Privado. Y relacionándolo con el conflicto que surge entre derechos del acusado y derechos del testigo. Mientras que en otras ocasiones, como ocurre con la medida de ocultamiento, ya se van produciendo perjuicios a derechos más colectivos, de supervisión social de la acción judicial. Siendo total el

perjuicio colectivo o social en los casos de restricción de la publicidad, amparado siempre en la excepcionalidad que la ley representa.

El peligro o riesgo, como elemento tan reiterado a lo largo de esta obra, es la piedra angular y a la vez el punto de partida para proceder a dotar de protección a un sujeto en una suerte de cautela que se toma por parte del órgano instructor y posteriormente enjuiciador. Este peligro o riesgo determina la vulneración de derechos fundamentales del acusado en beneficio de otros del testigo que, siendo de relevante importancia, pueden provocar que aquellos se dobleguen.

No obstante la protección nunca será total, pues la conjugación de las dos medidas más relevantes, como el anonimato y el ocultamiento, dotan a la figura de una naturaleza excesivamente lesiva del derecho de defensa, y por ello no permitida. Esto provoca que siempre quede un reducto perjudicial para el testigo, que se manifiesta en aquellos casos en que acusado y testigo se conocen, tanto físicamente como en cuanto a la identidad de cada uno. Casos en que la única solución será acudir a una medida extraprocesal de carácter drástico como es el cambio de identidad, con las consecuencias que puede esto tener para el testigo, mientras que sería mucho más sencillo dispensar de la obligación de declarar a aquellos que se encuentran en estas circunstancias que ninguna de las medidas de protección procesal pueden solventar.

BIBLIOGRAFÍA:

ABELLA LOPEZ, J. El derecho a conocer la identidad del acusador en el proceso penal. Condena basada en el testimonio anónimo (A propósito de la STC 75/2013, de 8 de abril). *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2014, N°108, pág. 6-34.

ALCÁCER GIRAO, R. El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo? (Comentario a las SSTC 11/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio). *La Ley Penal : Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. 2012, n°94-95, pág.. 1-9.

ALONSO, R. DOMINGUEZ. F. GARCÍA REY, M. *Vidas rotas: todas las víctimas de ETA*. 1ª Edición. Madrid: Espasa, 2010.

AMBOS, K. ; MALEEN POSCHADEL, A. Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo. *Revista general de Derecho Penal*. 2013, N°20, pág.1 y ss.

ARMERO VILLALBA, S. Garantías procesales y protección de testigos en el curso del proceso. BUSTOS GISBERT, R., FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., FOSAS ESPADALER, E. *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 415-444.

BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, Cap. XXXVII “Atentados, cómplices e impunidad” 1764.

BENTHAM, J. *Théorie des peines et des recompenses*. Cap. XIV, “De las recompensas de la delación que se prometen a los cómplices”. Londres, 1811.

CAMARENA GRAU, S. La prueba pericial en el proceso penal. *Diario La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* . 2003, n ° 2, págs. 1514-1529.

- CLIMENT DURÁN,C. *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch,2017.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ,V, MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil* . 9º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017,pág 269.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ,V, MORENO CATENA, V. *Derecho procesal penal* . 9º Edición .Valencia: Tirant lo Blanch, 2017,pág 37.
- CUBILLO LÓPEZ I.J. *La protección de testigos en el proceso penal*. 1ª Edición. Navarra, 2009, pág. 275.
- DELGADO MARTÍN, J. La criminalidad organizada: respuesta del sistema penal. *Ministerio de Justicia y Derechos humanos, Perú*. Pág. 8.
- DÍAZ PITA, M.P. *El coimputado*. Valencia: Tirant lo Blanch,2000, pág. 380 y ss.
- EXPÓSITO LÓPEZ ,L. *El agente encubierto*. Tesis realizada en la Departamento de Derecho Penal y Criminología UNED. 2015.
- FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el proceso penal*. 1ª Edición. Madrid: La Ley,2005, pág. 343 y ss.
- FUENTES SORIANO, O. La LO 19/94 de Protección de testigos y peritos. *Revista de derecho procesal*. 1996, Nº 1, pág. 135-162.
- GARCÍA PÉREZ,J., Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español. Ob. Col. (Dir.) GRANADOS PÉREZ, C. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001,volumen 2, pág. 269-336.
- GARCÍA VALDÉS ,C. La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1984 ,nº37, pág.293-304.
- GÓMEZ COLOMER, J. Víctima del delito y Europa, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*. 2015, nº17, págs.. 100-129.

GIMENEZ PERICÁS, A. Génesis de la LO 19/94 de Protección a testigos y peritos en causas criminales. *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 1997, nº11, pág. 51-58.

GUTIERREZ DE PIÑEROS, C. CORONEL, E. PEREZ, C. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *LIBERABIT*. 2009, nº15, págs. 49-58.

LASTRA DE INÉS, A. La reforma de la LO 19/1994 de Protección a testigos y peritos en causas criminales. *Jornada de especialistas sobre protección y tutela de las víctimas*, 2017, pág. 5.

LEAL MEDINA, J. El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea. *Diario La Ley*. 2013, nº 8063, pág. 1-18.

MAGRO SERVET, V. La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria. *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2008, nº 2, pág. 78-92.

MAGRO SERVET, V. Hacia una ley integral de la víctima en el proceso penal; una propuesta sistemática. *La Ley*. 2009, págs. 1552-1560.

MARCA MATUTE, J. El imputado y el derecho de defensa en la instrucción. Ob. Col.(Dir.) ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. 1ª Edición. Madrid: Wolters Kluwer, 2010, pág. 371-442

MOLINA MANSILLA, M.C. *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*. Barcelona: Bosch, 2009, pág. 29.

MORAL MORO, M. *Sobre la protección a testigos y peritos...* pág. 11 y ss.

NAVARRO VILLANUEVA, C. La protección a testigos y peritos. *Justicia: revista de derecho procesal*. 2009, nº 3-4, págs. 87-118.

REY HUIDOBRO L.F, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2000, pág. 332.

ROXIN,C. *Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto,2000, pág. 236.*

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. El coimputado que colabora con la Justicia penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n ° 1, págs. 543-580.

SCHAPHIRO,H.I, NOGUEIRA,J.M.,SALATINO,E.H. *Protección de víctimas y testigos en delitos de lesa humanidad. 1ª Edición. La Plata: Librería Editora Platense,2010, pág. 54.*

SILVA MELERO, V. *La prueba procesal*. Editorial revista de Derecho Privado: Madrid, 1964, pág. 207.

VEGA DUEÑAS, L.C. *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*.1ª Edición. Barcelona: Bosch, 2016, pág.249 .

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal. *La Ley*. 2009, n ° 7260, págs.1-20.

WEBGRAFÍA:

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. CadenaSer.es *Los testigos protegidos que identificaron a los autores del 11-M* (consultado el 31/10/2018)

https://cadenaser.com/ser/2017/03/10/tribunales/1489152072_029291.html

-AIMER MARTÍN, O., Noticias Jurídicas. *La publicidad de las actuaciones judiciales*. (consultado el 09/01/2019). <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11742-la-publicidad-de-las-actuaciones-judiciales/>

-El País. *Cronología del Caso Lasa y Zabala* (consultado el 31/10/2018)

https://elpais.com/elpais/2010/10/30/actualidad/1288426624_850215.html

-LÁZARO FERNÁNDEZ, F, GAREA BARAGAÑO, F, .El Mundo. *Caso GAL , Lasa y Zabala* (consultado el 31/10/2018).

<https://www.elmundo.es/1997/01/04/espana/04N0019.html>

-LÁZARO FERNÁNDEZ, F, El Mundo, *La verdad sobre el caso Lasa y Zabala* (consultado el 31/10/2018).

<https://www.elmundo.es/cronica/2014/10/12/54390f0aca47415f608b4575.html>

-La Vanguardia, *Hipercor, el mayor atentado de ETA* (consultado el 30/10/2018).

<https://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20120619/54313361919/terrorismo-atentados-coche-bomba-masacres-centros-comerciales.html>

- VEGA VACCHIANO, J. Legaltoday. *La lucha contra la criminalidad organizada* 4/05/2018, (consultado el 8/11/2018).<http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/lex-et-societas/la-lucha-contra-la-criminalidad-organizada-la-ley-organica-191994-de-proteccion-de-testigos>

ANEXO JURISPRUDENCIAL

(Si se trata de una referencia a un aspecto concreto, y no a la sentencia en su conjunto se menciona el Fundamento de Derecho donde se recoge dicha cuestión.)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Países Bajos. Fundamento de Derecho 42º y 44º.
- STEDH de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria.
- STEDH de 15 de junio de 1992, caso Lüdi c. Suiza. Fundamento de Derecho 50º.
- STEDH de 23 de abril de 1997, caso Mechelen y otros c. Países Bajos.
- STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia. Fundamento de Derecho 29º.
- STEDH de 28 de febrero de 2013, caso Mesesnel c. Eslovaquia.

Jurisprudencia interna:

- STC 176/1988, de 4 de octubre. Fundamentos de Derecho 3º y 4º.
- STC 303/1993, de 25 de octubre. Fundamento de derecho 3º.
- STC 216/2006, de 3 de julio.
- STS 14240/1992, de 6 de abril . Fundamento de derecho 2º.
- STS 1029/1997, de 29 de diciembre, Fundamento de Derecho 6º.
- STS 7629/2001, de 8 de octubre, Fundamento de Derecho 1º.
- STS 479/2002 , de 28 de enero, Fundamento de Derecho 3º.
- STS 1435/2002, de 10 de septiembre, Fundamento de Derecho 2º.
- STS 5834/2003, de 29 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º.
- STS 1266/2005, de 24 de octubre, Fundamento de Derecho 1º.
- STS 6831/2006, de 27 de octubre. Fundamento de derecho 21º.
- STS 8865/2007, de 19 de diciembre. Fundamento de derecho 2º.
- STS 2890/2008, de 5 de junio, Fundamento de Derecho 4º.
- STS 649/2010, de 18 de junio, Fundamento de Derecho 4º.
- STS 1023/2011, de 5 de octubre, Fundamento de Derecho 1º.
- STS 1113/2012, de 23 de febrero. Fundamento de derecho 4º.
- STS 1717/2013, de 1 de abril. Fundamento de Derecho 3º.
- STS 2342/2014, de 10 de junio. Fundamento de Derecho 2º.
- STS 384/2016, de 5 de mayo. Fundamento de Derecho 4º.
- SAN 48/1999, de 3 de diciembre.