

ESTUDIOS

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO PENAL

FERNANDO RICARDO DÍAZ MARTÍN

Oficial de la Administración de Justicia.

Licenciado en Derecho

SUMARIO: I. La denuncia en el marco del deber de colaboración con la Administración de Justicia: I.1 Sujetos obligados a denunciar: La denuncia como obligación, derecho y deber. I.2 Exenciones al deber de denunciar. I.3 Sanciones por omisión de la denuncia. I.4 Nexos entre el denunciante y el futuro y eventual proceso penal.—II. Intervención de testigos y peritos en la fase de instrucción: Derechos y obligaciones: II.1 La testifical y la pericial como actos de investigación, diferencia con su consideración como actos de prueba. II.2 Obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar. II.2.1 Sanciones por incumplimiento del deber de comparecer y/o declarar. II.2.2 Derechos de los testigos. II.3 Obligaciones y derechos de los peritos.—III. Intervención de testigos y peritos en la fase del juicio oral: III.1 Derechos y obligaciones de los testigos. III.1.1 Obligación de concurrir y declarar. III.1.2 Responsabilidades derivadas de su incumplimiento. III.1.3 Derechos de los testigos. III.2 Obligaciones y responsabilidades de los peritos.—IV. Protección de testigos y peritos: Referencia a la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos. IV.1 Ámbito de aplicación de la Ley. IV.2 Medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994. IV.3 Momentos en que pueden solicitarse y/o acordarse las medidas y recursos. IV.4 Medidas de protección de testigos versus derecho de defensa.

I. LA DENUNCIA EN EL MARCO DEL DEBER DE COLABORACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Siguiendo la clasificación que ofrece la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el proceso penal puede comenzar de oficio, esto es, por iniciativa propia del Juez de Instrucción —también del Ministerio Fiscal en el caso del proceso abreviado— al tener conocimiento directo de unos hechos que pueden revestir los caracteres de delito, o bien, iniciarse por noticia de quien ha tenido conocimiento, o sufrido, de la comisión de aquéllos. La iniciación del proceso penal por noticia de terceros, puede revestir dos formas: la denuncia y la querrela, a la primera es a la que nos vamos a referir en este trabajo.

El vocablo denunciar proviene del latín *nuntiare*, que etimológicamente significa anunciar, avisar, notificar ⁽¹⁾; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice que denunciar es dar a la autoridad parte o noticia de un daño hecho, con designación del culpable o sin ella; se trata de un término que tiene, por tanto, numerosas acepciones en el mundo del derecho, si bien no puede conceptuarse unívocamente ⁽²⁾, a nosotros nos interesa este término desde el punto de vista procesal penal, y lo podemos definir como acto jurídico que consiste en una declaración de conocimiento a través del que se puede o debe comunicar a las autoridades judiciales, miembros del Ministerio Fiscal o Policía la comisión de unos hechos que podrían ser constitutivos de delito o falta ⁽³⁾ perseguibles de oficio (cfr. arts. 259, 262 y 264 LECr).

Siguiendo a Jiménez Asenjo ⁽⁴⁾, las notas características de la denuncia son:

1.º Es, generalmente un acto de «cualquiera», que puede ser o no parte del proceso, esto es, un tercero.

2.º Intrínsecamente consiste, pura y simplemente, en notificación de un hecho estimado como posible delito; y

3.º Que la notificación se haga a la autoridad judicial o sus agentes, en consideración a su función profesional. La noticia del crimen que aquellos recojan incidentalmente constituye la forma de incoación «de oficio» del sumario.

I.1 Sujetos obligados a denunciar: la denuncia como obligación, como deber y como derecho

A) LA DENUNCIA COMO OBLIGACIÓN Y DEBER

Como señala Aragonese Martínez ⁽⁵⁾, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal late la idea de que toda persona física que tenga conocimiento de la perpetración de un delito o falta tiene la obligación de denunciar, cuyo fundamento puede encontrarse actualmente también en la Constitución Española (art. 118); pero, pese a esto, los auténticos supuestos de *denuncia-obligación*, cuyo incumplimiento puede ser sancionable, son los de los artículos 259 y 262, mientras que el del artículo 264 es un caso de *denuncia-deber* ⁽⁶⁾, la ley solo insta a denunciar.

Están obligados a denunciar los que presencien directamente, o aquellos que por razón de su cargo tengan noticia de la comisión de algún delito público (cfr. arts. 259 y 262 LECr). Es decir, aquel que tenga conocimiento directo, inmediato, del hecho delictivo, sea quien fuere, tiene la carga ineludible de notificar a la autoridad competente, Juez de Instrucción, de Paz o funcionario del Ministerio Fiscal, funcionario de Policía ⁽⁷⁾;

(1) JIMÉNEZ ASEÑO, E. Voz «Denuncia», Nuevo Diccionario Jurídico Seix, p. 818.

(2) Vid. TORRES ROSELL, N., en *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid 1991, p. 16 y ss.

(3) MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, JM Bosch, Madrid 1994, p. 148.

(4) JIMÉNEZ ASEÑO, E., cit., p. 818.

(5) ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y AA.VV. *Derecho Procesal Penal*, CERA, Madrid 1997, p. 323.

(6) Calificación ésta, de denuncia-deber y denuncia-obligación que fue propuesta por Alcalá Zamora, vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., cit., p. 821.

(7) Pese a que el precepto que se refiere a ello no lo menciona, no debe descartarse, en mi opinión, el sujeto que haya observado o sufrido el suceso, debe acudir a aquél que le resulte más cómodo, no hay que olvidar que al igual que éste cumple con una carga, la Administración debe buscar que sea lo menos pesada posible.

carga que también, con similar fuerza y responsabilidad, afecta a aquellos que sin tener ese conocimiento directo, o incluso siendo directo, se debe a su cargo, profesión u oficio. Estamos ante un deber jurídico u obligación sancionable.

Por el contrario, no estamos ante un deber jurídico, en el sentido de obligación sancionable, en el supuesto previsto en el artículo 264 de la LECr, pese a señalar que «deberán» denunciar los que tuvieren conocimiento de la perpetración de algún delito público; la diferencia entre éste precepto y el artículo 259, en la que se exige la presencia en el momento en que acaece el hecho, es la de la mediatez que hace que la prueba sea indirecta y plantee dudas sobre la existencia del mismo. Vista esta diferencia, también es claro que no se trata en este supuesto de un derecho, por lo que podría definirse como un deber moral, la denuncia no es obligatoria, sino facultativa, puesto que no existe la certeza que conlleva un conocimiento directo ni sanción en caso de incumplimiento, sin perjuicio de que en caso de haber hecho uso de ese deber moral, haya podido incurrirse en el delito de denuncia o acusación falsas.

La denuncia como obligación y como deber moral, debemos considerarla como un deber jurídico de los ciudadanos, que ante un hecho reprobable tienen la carga de reaccionar notificándolo a la autoridad competente, la razón de este deber se encuentra no solo en razones de moralidad, también en la necesidad de prevenir y contribuir con la persecución de la delincuencia. Estos principios han sido proyectados en nuestro texto Constitucional, que proclama como deber la colaboración con la justicia (art. 118).

B) LA DENUNCIA COMO DERECHO

En nuestro derecho la denuncia contemplada como prerrogativa o facultad es la excepción, admitiéndose exclusivamente con relación a los delitos o faltas semiprivados o semipúblicos previstos en el Código Penal, que son: reproducción asistida in consentida (art. 162.2 CP); agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191.1 CP); descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.1); calumnia e injuria contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos (cfr. art. 215.1); abandono de familia, menores o incapaces (art. 228); daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 10 millones de pesetas (art. 267); los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 287.1 CP); los societarios (art. 296.1); amenazas, coacciones y vejaciones leves (art. 620 CP); lesiones o muerte causadas por imprudencia (art. 621 y DA 3.^a CP); alteración de lindes (art. 624 CP).

En estos casos la denuncia no es sólo un medio de hacer llegar la *notitia criminis*, una simple declaración de conocimiento, sino también una manifestación de la voluntad de que se persiga el delito, del ofendido o de su representante legal, incluso del Ministerio Fiscal si se trata de delitos y faltas contra menores de edad, incapaces o personas desvalidas, que son los que exclusivamente ostentan esa potestad de denunciar, con relación a los delitos mencionados ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Salvo que se trate de delitos de descubrimiento y revelación de secretos, relativos al mercado y a los consumidores y societarios, en los que no será precisa la denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (cfr. 287.2 y 296.2 CP).

Si el perjudicado, único legitimado para poder denunciar, no lo hace el proceso penal no comienza, el delito no puede ser perseguido; esto supone la existencia de cierto poder de disposición del proceso, ceñido exclusivamente a su iniciación, ya que una vez iniciado la terminación ya no va a depender de éste, la denuncia se considera como un requisito de procedibilidad, su renuncia o inactividad no impedirán que continúe debido a la intervención preceptiva como acusador del Ministerio Fiscal (105 LECr), salvo que se admita expresamente el perdón, como ocurre en los casos de descubrimiento y revelación de secretos (*vid.* art. 201.3 CP), daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 10 millones de pesetas (267, pfo. 3.º, CP), o alguna de las faltas anteriormente citadas (*vid.* arts. 620, 621 y 624 y 639, pfo. 3.º, del CP). Aunque, si éstos delitos y faltas han sido cometidos contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento —o el cumplimiento de la pena— (cfr. art. 130.4.º CP).

La denuncia como derecho, es justificada por la doctrina con la «teoría del doble fundamento»⁽⁹⁾; en primer lugar por la escasa trascendencia del delito o infracción punible; en segundo por que el interés del agraviado se encuentra por encima de la Justicia o el derecho del Estado a perseguir ese acto ilícito penal, el conflicto de intereses en juego hace que el Legislador entienda que debe quedar en manos del agraviado el inicio del proceso, y en ocasiones, pocas, como hemos visto, incluso la continuación.

I.2 Exenciones al deber de denunciar

Pese a ser obligatoria la denuncia en los casos anteriormente citados, la Ley excluye esa obligación en función de condicionantes físicos, psíquicos, familiares o profesionales, previstas en los artículos 260, 261 y 263 de la LECr, pero previamente no hay que olvidar que para denunciar es necesario tener capacidad para ello,

A) EXENCIÓN POR FALTA DE CAPACIDAD

a.1) La edad.—Dice el artículo 260 de la LECr que *la obligación* que tiene de poner en conocimiento de la autoridad el que presencia la perpetración de un delito, *no comprende a los impúberes ni a los que no gozaren del pleno uso de su razón.*

La problemática de la edad es una de las más importante que se suscitan en el Derecho, no sólo en el penal, en el civil, administrativo, laboral. En nuestro concreto ámbito de investigación, lo que se plantea es si la obligación de denunciar depende de la edad del sujeto o por el contrario de su capacidad de discernimiento, o por qué no, si ambas deben tenerse en consideración, dados los términos del precepto, que habla de *los impúberes*, como sujetos no constreñidos a realizar ese acto jurídico.

En mi opinión las exigencias de seguridad jurídica implican una delimitación clara de este término, puesto que se trata de un término biológico cuya traducción al campo jurídico no resulta fácil y sujeto a diversas interpretaciones, por ello, cabrían dos posibilidades:

1) Entender que esa exención se encuentra por debajo de los catorce años, ya que respecto de los testigos el artículo 433 habla de recibir juramento a los púberes,

⁽⁹⁾ ARAGONESES MARTÍNEZ, cit., p. 335.

en relación con el artículo 706, ambos de la LECr, que se refiere al juramento, respecto de los mayores de catorce años.

2) La otra posibilidad consiste en entender que la exención de responsabilidad con arreglo al Código Penal, de los menores de dieciséis años ⁽¹⁰⁾, puede implicar correlativa exención del deber de denunciar. El fundamento de esta eximente se encuentra en la falta de discernimiento, que es precisamente lo que viene a exigirse para denunciar, podría ser esta la edad que marca la diferencia entre la pubertad y la impubertad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco ha ayudado a ello, para ésta «púber» es el que se encuentra en edad núbil ⁽¹¹⁾, esto es, la persona que tiene capacidad para casarse, en nuestro derecho se corresponde con el sujeto que ha cumplido los catorce años (necesitando dispensa del Juez de Primera Instancia, cfr. art. 48 Cc), aunque también puede entenderse que solo hace referencia a los mayores de dieciséis años emancipados (cfr. art. 46.1.º Cc), puesto que la emancipación se produce *ex lege* desde que se contrae matrimonio (cfr. arts. 314.2.º y 316 Cc) y no antes de contraerlo si se es menor de dieciséis años.

Parece correcto seguir la segunda tesis, esto es, considerar como impúber al menor de edad penal, lo que si resulta claro es que para poder denunciar no es precisa la mayoría de edad civil ⁽¹²⁾.

a.2) *Inmadurez psíquica*.—No gozar del pleno uso de la razón, también es una de las causas que provocan la exención de la obligación de denunciar aludida en nuestro Código Procesal (art. 259 LECr). Puede interpretarse, tomando las palabras del artículo 200 del Código Civil, como adolecer enfermedades de carácter físico o psíquico, persistentes, que impidan a la persona poder gobernarse por sí mismo, en este sentido ha sido interpretado ⁽¹³⁾, aunque también como que una persona se encuentre incapacitada por una sentencia judicial ⁽¹⁴⁾.

La segunda previsión resulta, desde un punto de vista práctico, difícil de comprobar en el momento de la presentación o realización de la denuncia, ya que el único medio probatorio de tal incapacidad, entendida en el sentido estricto del Código Civil, sería el acta de nacimiento, en la que aparecería marginalmente la inscripción de la sentencia judicial en la que se declaró la incapacidad del sujeto. En cuanto a la primera interpretación, es más acertada, pero tampoco hay que tomarla en términos absolutos, ya que las circunstancias que concurren en el sujeto, y que determinan o pueden determinar su incapacidad o incapacitación, respectivamente, pueden no concurrir o aún concurriendo, no ser determinantes para comprender el hecho comunicado a la autoridad por el sujeto.

No obstante, tanto en este caso como en el de los impúberes, debe, por lógica jurídica, entenderse que pueden denunciar, pero que si no lo hacen, su actitud no

⁽¹⁰⁾ La Disposición Derogatoria del Código Penal vigente, apartado 1.a), mantiene la vigencia de los artículos 8.2, 9.3, 20.1, 22 y 65 del CP derogado, que contienen normas sobre menores de edades comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años, en concreto, el artículo 8.2 del CP de 1973 fijaba la mayoría de edad penal a los dieciséis años.

⁽¹¹⁾ Según la STS de 4 de marzo de 1974.

⁽¹²⁾ En este sentido puede verse la STS de 1 de diciembre de 1958.

⁽¹³⁾ MONTÓN REDONDO, cit., p. 150.

⁽¹⁴⁾ ARAGONESES MARTÍNEZ, cit., p. 324.

es sancionable. En todo caso la denuncia provocaría idéntico efecto al de cualquier otra en la que en el sujeto no concurren esta o estas circunstancias, esto es, la iniciación del proceso penal ⁽¹⁵⁾.

B) EXCLUSIÓN POR RAZÓN DE PARENTESCO

La justificación de esta causa, al igual que la relativa a la de secreto profesional —que en el siguiente punto trataremos—, como apunta la doctrina, se encuentra en la existencia de un conflicto de intereses, de una parte, el estatal de lograr la colaboración ciudadana en la represión de los delitos y, de otra, los intereses privados que pueden verse afectados, prevaleciendo en este caso los segundos.

Partiendo de esta idea, el artículo 261 de la LECr dice que *«tampoco están obligados a denunciar:*

1.º *El cónyuge del delincuente.*

2.º *Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.*

3.º *Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos así como la madre y el padre en iguales casos.»*

Se trata de un precepto necesitado de depuración legislativa, adecuándolo al Código Civil (arts. 118 y ss., relativos a la filiación), sirviendo de modelo para la reforma el vigente artículo 454 del Código Penal (al igual que el art. 18 CP de 1973, redacción dada por LO 8/1983), que exime de las penas impuestas a los encubridores *«a los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados»*.

C) EXENCIÓN POR RAZÓN DE SIGILO PROFESIONAL

Tampoco comprende la obligación de denunciar a los Abogados ni a los Procuradores, respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, así como a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubiesen revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio (cfr. art. 263 LECr).

Esta exención no es, de acuerdo con la dicción del precepto, aplicable a aquellas noticias o hechos adquiridos fuera de la actividad profesional, hace mención exclusivamente a aquellos supuestos en los que el conocimiento ha sido llevado por el cliente, o incluso a través de indagaciones propias derivadas de esas manifestaciones del cliente, incluso desconocidas por éste ⁽¹⁶⁾.

Paralelamente les dispensa de la obligación de declarar la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 416 y 417) y se les prohíbe mediante una sanción penal (art. 199.2 CP ⁽¹⁷⁾),

⁽¹⁵⁾ En la misma línea TORRES ROSELL, cit., p. 107.

⁽¹⁶⁾ En parecidos términos puede verse a TORRES ROSELL, cit., p. 114.

⁽¹⁷⁾ Señala el artículo 199: «... 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

anteriormente sólo aplicable a Abogados y Procuradores (360 CP de 1973) y funcionarios públicos y autoridades (art. 367 CP de 1973), lo que fue muy criticado por la doctrina, dada la escasa protección que se ofrecía al secreto profesional ⁽¹⁸⁾. Así pues, una interpretación teleológico-sistemática debe llevarnos a considerar que la exención que estamos estudiando debe extenderse también a todo profesional que haya tenido conocimiento de secretos por razón de sus cargos u oficios y se encuentre obligado a guardar sigilo o reserva.

Pese a no afectarles la obligación de denunciar, y tener prohibido realizar ese acto, nada impide que puedan hacerlo, pudiendo incluso posteriormente negarse a declarar, aunque constituiría delito, como se ha dicho. Se trata de una prohibición, que en caso de ser incumplida no impide al Juez, una vez que le ha sido anunciada la *notitia criminis*, iniciar la investigación.

I.3 Sanciones por omisión de la denuncia

Podemos distinguir entre sanciones disciplinarias, penales e indirectas.

A) SANCIONES GUBERNATIVAS

Este tipo de sanciones exclusivamente afectan a los supuestos que denominamos denuncia obligación, previstos en los artículos 259 y 262 de la LECr. Son de índole administrativa, cuya imposición corresponde al Juez que esté conociendo del proceso, adoptando la forma de acuerdo (cfr. art. 244 LOPJ).

Se trata de sanciones que, en primer lugar al particular que haya presenciado el hecho presuntamente constitutivo de delito público, y no lo denuncie podrá imponérsele una multa de 25 a 250 pesetas; la misma sanción, si bien, aunque habla la Ley, con carácter disciplinario, al profesional que tenga conocimiento como consecuencia del ejercicio de su profesión, cargo u oficio, y no proceda a denunciarla ante el Ministerio Fiscal, Juez o funcionario de la Policía, más próximo, en el caso de delito flagrante (art. 262.2 LECr); cuando obligan a denunciar es un «profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia», la cuantía de la multa podrá modularse entre las 125 y 250 pesetas (cfr. art. 262.3 LECr); y si se trata de un empleo público, cabe la posibilidad de incoarle expediente administrativo disciplinario. Sin perjuicio de otras posibles sanciones.

A lo dispuesto en este artículo, hay que añadir la específica sanción prevista en el cumplimiento incorrecto o para el incumplimiento del deber de denunciar, dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento del hecho, impuesto a los miembros de la Policía Judicial. Si la demora no excede de este plazo, pero sí del considerado necesario, el funcionario incurre en la multa (de 100 a 300 pesetas) y en corrección disciplinaria (considerándose falta a efectos del expediente personal del funcionario, leve la primera vez, grave las dos siguientes y muy grave las restantes); si el retraso excede de las veinticuatro horas y la conducta no es constitutiva de delito, la sanción consiste en la imposición de una multa (de 250 a 1.000 pesetas) y la corrección disciplinaria (falta grave la primera vez, y muy grave las siguientes) (art. 295 LECr).

⁽¹⁸⁾ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*. Dykinson, 1997, p. 92.

Pese a esto no hay que olvidar que estas sanciones tienen carácter subsidiario, entrando en juego única y exclusivamente cuando no se establezca otro tipo de responsabilidad con arreglo a las leyes (cfr. art. 262 LECr).

B) SANCIONES PENALES

El Código Penal no tipifica conductas idénticas a las tratadas, se pueden encontrar algunos preceptos en los que se hace referencia a esa obligación con determinados matices, como ocurre en la conducta tipificada en el artículo 408, que sanciona a los funcionarios públicos que, faltando a la obligación de su cargo, dejaren maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes.

Están obligados los Jueces, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal, en general, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ⁽¹⁹⁾, ésta en el art. 5.4 establece que *«deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana»*. En cuanto a éste el Tribunal Supremo ha considerado aplicable este tipo aunque en el momento de ocurrir los hechos el sujeto no estuviera ejerciendo *«sus funciones de Policía Local»*, dejando maliciosamente de promover la persecución y castigos de las personas que los habían cometido ⁽²⁰⁾.

La palabra maliciosa excluye expresamente la demora o retraso en la tramitación procesal que posee su trato penal específico (*vid.* art. 449 ⁽²¹⁾ CP), obrar con malicia es, según indica la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *«... obrar a conciencia de que se procede mal...»*.

El anteriormente vigente Código Penal sí tenía prevista una conducta parecida en el artículo 338.bis.2.º, diferente a la del artículo 259 de la LECr; conminando a denunciar a quien no pudo impedir con su intervención inmediata la comisión de determinados delitos (contra la vida, integridad o salud, la libertad o libertad sexual), por suponerle grave riesgo para su persona o sus bienes o la de terceros. Este delito desaparece, y actualmente no se sanciona en esos casos el incumplimiento de la obligación de denunciar (*vid.* art. 450.1.º y 2.º CP), sancionándose el no *«promover la evitación»* de esos delitos ⁽²²⁾.

No cabe entender la conducta omisiva, como encubrimiento, ya que el no-denunciante no es considerado como encubridor (art. 451 CP), como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo *«el conocimiento de la comisión de un hecho delictivo no constituye forma de participación en el delito, en ningún grado, ni siquiera en el de encubrimiento, pues para ello sería necesaria su intervención posterior»* ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ LO 2/1986, de 13 de marzo.

⁽²⁰⁾ STS de 18 de mayo de 1994 (RJ 3934).

⁽²¹⁾ STS de 21 de junio de 1907 y 18 de noviembre de 1942 (JIMÉNEZ ASENJO, cit., p. 827). *Vid.* art. 449 CP; la antigua jurisprudencia añade que el retardo malicioso ha de realizarse con el deliberado propósito de perjudicar a las partes (SS 11 de abril de 1889, 18 de julio de 1987 y 6 de marzo de 1918), no siendo punible el que tenga por causa la negligencia o ignorancia del Juez (SS 19 de junio de 1897 y 21 de marzo de 1918), deberá atenderse al concepto del art. 449 CP, en relación con las faltas disciplinarias previstas en los arts. 417.3.º, 418.8.º y 419.3.º, todos de la LOPJ.

⁽²²⁾ No el incumplimiento de promover su persecución, como dice con inexactitud la rúbrica del Capítulo II del Código Penal.

⁽²³⁾ STS de 16 de enero de 1980 (RJ 96).

C) SANCIONES DISCIPLINARIAS CORPORATIVAS

Son aquellas que vienen determinadas en las normas que regulan el desempeño, obligaciones y derechos de la actividad profesional, imponiéndolas a los que se encuentran sujetos al mismo, pueden citarse a título de ejemplo el Estatuto de los Colegios de Veterinarios, de Colegios Oficiales de la Marina Mercante, de Ingenieros Técnicos y Peritos de Telecomunicación, entre otros ⁽²⁴⁾.

I.4 Nexos entre el denunciante y el futuro y eventual proceso penal

Desde que una persona física, siempre, ya que por incapacidad natural no es posible por parte de las jurídicas, presenta una denuncia queda ligado inexorablemente al posible futuro proceso penal que pueda provocar su iniciación. Ese ligamen puede mostrarse de dos formas, mostrándose parte en el proceso, formulando la correspondiente querrela, en cuyo caso adquiere la condición de parte en el proceso penal, o bien sin realizar dicho acto, supuesto en el que estaríamos hablando de tercero dentro del proceso.

Un caso especial reviste el supuesto en el que el ofendido (sujeto pasivo del delito) o perjudicado (sujeto en el que inciden directamente las consecuencias nocivas del delito), no se persona en el proceso, bien por no formular querrela, bien pese a que realizado el ofrecimiento de acciones éste no tenga interés en mostrarse como parte en el proceso. En esta hipótesis ¿se trata de un tercero o por el contrario es parte en el proceso sin necesidad del formalismo legal? La víctima, entendiendo este término en sentido amplio ⁽²⁵⁾, que engloba al ofendido y perjudicado, es contemplada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde tres puntos de vista ⁽²⁶⁾, como objeto material del delito, como parte procesal y como tercero, es decir, no necesariamente parte.

La consideración de la víctima como tercero, recuerda a la noción de testigo, esto es, a la persona física que sin ser parte del proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos que ha presenciado (testigo presencial) o de los que ha tenido conocimiento por otros medios (testigo referencial). Nuestro Tribunal Supremo, a pesar de que la víctima puede con-

⁽²⁴⁾ Puede verse una enumeración más completa, realizada por TORRES ROSELL, cit., nota al pie número 57.

⁽²⁵⁾ Nuevo término que se introduce en nuestro derecho, y que no deja de suscitar controversias, me inclino por un concepto amplio siguiendo una interpretación literal del término, «...persona que padece daño por culpa ajena...» según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de la Justicia en Relación con las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder, que señala que: «1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y víctima. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización...»; vid ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en *Régimen procesal de la víctima. Deberes y medidas de protección*, Revista de Derecho Procesal, 1995 número 2, 2, p. 419.

⁽²⁶⁾ Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, cit., *Régimen Procesal de...*, p. 425.

vertirse en parte y suele hacerlo en la práctica habitual, considera aplicables por analogía las disposiciones relativas a la intervención de los testigos, pero al no existir una regulación específica como ocurre con la de la intervención de testigos, tanto los deberes como los derechos de ésta hay que localizarlos también en esas disposiciones ⁽²⁷⁾, lo que no es justificable, si bien, reconoce que «la diferencia esencial entre el testigo sin más adjetivos, y la víctima-testigo, es que aquél es ajeno al proceso y ésta no» ⁽²⁸⁾.

II. INTERVENCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN: DERECHOS Y OBLIGACIONES

Los terceros intervinientes en el proceso penal son los testigos y los peritos. Testigo es la persona física, que sin ser parte del proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso (por haberlos presenciado —testigo presencial— o por haber tenido noticia de ellos por otros medios —testigo referencial—). Perito es la persona que, sin ser parte del proceso, emite declaraciones sobre hechos que tienen carácter procesal en el momento de su captación, para cuyo conocimiento o apreciación son necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.

Por tanto, sólo éstos son los terceros en el proceso penal, no tienen la condición de parte, habiendo entendido nuestra Jurisprudencia que no debe rechazarse el testimonio de una persona que puede aportar hechos y sus circunstancias a través de sus percepciones sensoriales a la vez que juicios de valor autorizados por sus conocimientos especiales en una ciencia, arte o práctica ⁽²⁹⁾.

II.1 La testifical y la pericial como actos de investigación, diferencia con su consideración como actos de prueba

La testifical y la pericial realizadas en la fase de instrucción, son actos de investigación destinados a averiguar y comprobar las circunstancias concurrentes en los hechos aparentemente delictivos así como las personas responsables (cfr. art. 299 LECr), no puede utilizarse la denominación de actos de prueba, frente a los que podemos, siguiendo a Ortells Ramos ⁽³⁰⁾, apreciar las siguientes diferencias:

- 1) El acto de prueba está dirigido a convencer al Juez de la verdad de una determinada afirmación, el de investigación no se refiere a una afirmación, sino a una hipótesis que persigue alcanzar el conocimiento de los hechos a afirmar.
- 2) La eficacia jurídica de ambas clases de actos es distinta, los de investigación tienen relación con las funciones del procedimiento preliminar, los de prueba es la de servir de fundamento de la sentencia.
- 3) La contradicción en la investigación, al igual que en los actos de prueba, se admite con carácter general, pero cabe su limitación con la declaración de

⁽²⁷⁾ Cfr. SSTS de 16 de febrero de 1995 (RJ 1179) y de 3 de abril de 1996 (RJ 2866).

⁽²⁸⁾ Vid. STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 9493).

⁽²⁹⁾ Vid. STS de 17 de febrero de 1981 (RJ 660).

⁽³⁰⁾ Vid. ORTELLES RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., p. 173-176.

secreto sumarial y puesto que el Juez tiene el protagonismo y las partes un papel secundario.

4) La documentación del acto de investigación, no es admisible, por regla general, como prueba en el juicio oral, pues supondría una quiebra al principio de oralidad que rige en esta fase del juicio.

En suma, las declaraciones de testigos y peritos son diligencias sumariales y, como tales, su eficacia va dirigida a determinar si procede o no el juicio oral.

La regla, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, que se inicia con la STC 31/1981⁽³¹⁾, es que sólo tienen la consideración de pruebas de cargo que puede desvirtuar la presunción de inocencia aquellas que son practicadas en el acto del juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación. La misma regla rige, por tanto, en materia de prueba testifical, donde la exigencia de contradicción viene expresamente requerida por el art. 6.3.d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁽³²⁾ y por el art. 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽³³⁾. Ahora bien, dicha regla no tiene un alcance absoluto y permite ciertas excepciones⁽³⁴⁾: cuando resulte imposible la comparecencia del testigo por tener que ausentarse fuera de la península, o temerse su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio. Para que la declaración testifical ante el Juez de Instrucción pueda ser calificada como prueba preconstituida o anticipada válida, deben cumplir los siguientes requisitos⁽³⁵⁾:

a) Que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos en el día de la celebración del juicio oral (art. 730 LECr).

b) Que sea formulada ante la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, el Juez de Instrucción.

c) Que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se ha de permitir a la defensa la posibilidad de intervenir en la práctica de dicha diligencia sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo.

d) Finalmente, la exigencia de que la diligencia sumarial sea repetida como prueba en el juicio oral con posibilidad de la contradicción (art. 730 LECr).

Siguiendo estos criterios marcados por el Tribunal Constitucional, la declaración puede tener el valor de una prueba anticipada, siempre que el Juez ponga en conocimiento del imputado que se va a proceder a practicar la testifical como prueba preconstituida, requiriéndole a fin de que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, bajo apercibimiento, de no hacerlo, de nombrárselo de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir declaración al testigo. Transcurrido dicho plazo, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del encausado, su Abogado y del Fiscal y del acusador particular, si quisieren acudir al acto, quienes podrán formular

(31) Según (RTC 31), STC de 3 de diciembre de 1996 (RTC 200).

(32) RCL 1979\2421.

(33) RCL 1977\893.

(34) Vid. SSTC de 25 de octubre de 1993 (RTC 303) y 28 de febrero de 1994 (RTC 64).

(35) Vid., entre otras, SSTC de 6 de febrero de 1995 (RTC 36), 10 de julio de 1996 (RTC 200) y 27 de febrero de 1997 (RTC 40).

al testigo cuantas repreguntas pertinentes tengan a bien. Además, en el juicio oral se procederá a leer las mismas y cabrá la posibilidad de contradicción por las partes.

En cuanto a las periciales también pueden tener la consideración de pruebas preconstituidas en determinadas circunstancias, así el Tribunal Constitucional distingue entre atestados y otros elementos que lo acompañan o complementan, en especial en relación a los tests de alcoholemia, indicando que «... *estas pericias practicadas, necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso* latu sensu *entendido constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de diligencias...*»⁽³⁶⁾.

También habla, el Tribunal Constitucional, de «... *inegable la condición de prueba preconstituida...*» la del certificado médico inicial y los posteriores forenses incorporados, puesto que la determinación de las lesiones sufridas sólo pueden acreditarse en el momento de producirse y mientras éstas pueden ser observadas, es decir, mientras duran sus efectos o secuelas. El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas preconstituidas periciales puedan tener es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que pretende o ratificar su dictamen o como podía haber sido aquí el caso, impugnar el mismo. No haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto que prueba documentada, que no documental, el órgano judicial, tal como estatuye el art. 726 LECr, haya examinado «por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad». No ha de olvidarse que este precepto encabeza la regulación de la prueba documental y de la inspección ocular y que, por tanto, de no efectuarse tacha alguna sobre los citados elementos, el Tribunal dispone libremente de ellos y puede formarse su pertinente convicción legítimamente⁽³⁷⁾.

II.2 Obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar

La declaración testifical es otra manifestación del deber de prestar auxilio a la Administración de Justicia y, así, indica el artículo 410 de la LECr, que «todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley».

Del precepto transcrito pueden extraerse dos obligaciones: la de concurrir al llamamiento judicial, previa citación, y la de declarar cuanto sepan. Están excluidas, de ambas obligaciones o exclusivamente de concurrir, ciertos sujetos, en función de condiciones personales. Se trata de privilegios personales, cuyo fundamento además de ser poco razonable va claramente contra el principio de igualdad y el aludido deber de colaborar con la Administración de Justicia, sin excepción alguna; además, como pone de relieve Aragonés Martínez, la posibilidad que se da a algunos cargos de declarar por escrito rompe claramente con el principio de inmediación y puede

⁽³⁶⁾ Vid., entre otras, SSTC de 3 de octubre de 1985 (RTC 100) y 25 de septiembre de 1987 (RTC 147).

⁽³⁷⁾ Vid. STC de 11 de febrero de 1991 (RTC 24).

poner en peligro el éxito de la investigación, ya que la Ley, con la finalidad de que no puedan prepararse las respuestas, exige la declaración de viva voz y sin lectura de respuestas previamente preparadas. Veamos a quienes afecta esas excepciones:

a) Están exentos del deber de concurrir y declarar: el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino (art. 411.1 LECr).

b) Están exentos del deber de concurrir, si bien pueden declarar por escrito: demás personas de la Familia Real (art. 412.1), Presidente y demás miembros del Gobierno, Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, Presidente del Tribunal Constitucional, entre otros (*vid.* art. 412.2 LECr), tanto durante su mandato como una vez transcurrido (cfr. art. 412.4). Estos sujetos pueden declarar en su domicilio o despacho oficial, cuando tengan que declarar sobre hechos de los que no hayan tenido noticia por razón de su cargo, siempre que lo estuviesen detentando (cfr. art. 412.3). También el artículo 412, en su punto 5, se refiere a otros altos cargos que tienen el privilegio de no concurrir, pudiendo declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros (vgr. Diputados, Senadores; Magistrados del Tribunal Constitucional; Vocales del CGPJ, entre otros).

En cuanto a la exención del deber de declarar, a los sujetos y las razones o fundamento que tiene la exención ya hicimos alusión a ellos, al referirnos a las personas que estaban exceptuadas de la obligación de denunciar.

II.2.1 *Sanciones por incumplimiento del deber de comparecer y/o declarar.*—El incumplimiento de estas obligaciones es sancionado con multa de 5.000 a 25.000 pesetas. Si el testigo persistiere en su resistencia a la obligación de comparecer, será conducido a presencia judicial por los dependientes de la Autoridad y será «procesado por el delito de denegación de auxilio» (cfr. art. 420 LECr). Pese a la dicción literal del precepto, ha de entenderse que si el testigo se niega a comparecer, lo que podrá ser procesado por el delito de obstrucción a la justicia (cfr. art. 563.1 CP), ya que el de denegación de auxilio sólo se refiere a funcionarios y autoridades (cfr. art. 412 CP).

Si se niega a declarar podrá ser procesado por el delito de desobediencia grave a la Autoridad (art. 556 CP).

La resistencia de las personas que por razón de su cargo se encuentran privilegiadas (art. 412.3 y 5 LECr), a recibir en su domicilio o residencia oficial al Juez, o a declarar, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para los efectos que procedan (cfr. art. 414, pfo. 1.º, LECr). Si la resistencia es de miembros de las Oficinas Consulares, el Juez lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia, remitiendo testimonio instructivo, absteniéndose de todo procedimiento respecto de ellos, hasta que el Ministro le comunique la resolución que sobre el caso se dictare (cfr. art. 414, pfo. 2.º).

Además de estar obligado a declarar, está compelido a decir la verdad, so pena de incurrir en el delito de falso testimonio (*vid.* art. 458 CP).

II.2.2 *Derechos de los testigos.*—En cuanto a los derechos de los testigos, correlativos con la obligación de declarar y concurrir al llamamiento, éstos no podrán ser obligados a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a su persona o a la persona y a la

fortuna de alguno de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, salvo que se trate de delitos contra la seguridad del Estado, contra el Rey o su sucesor (cfr. art. 418 LECr).

Además, si el testigo tiene algún impedimento físico que le imposibilita de concurrir al llamamiento, el Juez de Instrucción, para recibirle declaración se constituirá en su domicilio, siempre que el interrogatorio no ponga su vida en peligro (cfr. art. 419 LECr).

Por último tienen un derecho de índole económica, como es el de ser indemnizados (cfr. art. 730 LECr), fijándose por el Juez la cuantía, en función de los gastos del viaje y el importe de los jornales perdidos por el testigo, con motivo de su comparecencia para declarar. También tienen derecho a que se adopten medidas de protección, en caso de ser necesarias, como veremos más adelante.

II.3 Obligaciones y derechos de los peritos

El informe pericial procederá en aquellos supuestos en los que el Juez de Instrucción entienda que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, necesita o es conveniente una persona que tenga conocimientos científicos o artísticos (cfr. art. 456 LECr).

La actuación de los peritos en el proceso penal tiene notable importancia, ya que descubren con sus conocimientos especializados aquello que no puede apreciar el Juez con los suyos. Como se ha indicado la pericia está limitada a los supuestos en que sean necesarios o convenientes esos conocimientos, aunque es preceptiva, para los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad (art. 340 LECr), pese a ello hay casos en los que, sin existir necesidad, es acordada como diligencia sumarial, como ocurre, vgr., en la tasación del valor de un objeto, si documentalmente no consta el de su adquisición ⁽³⁸⁾.

El perito no debe poseer, necesariamente, título oficial (peritos titulares), ya que, a falta de personas que la posean, pueden actuar los que tengan conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte (peritos no titulares) —cfr. arts. 457 y 458 LECr—. Suele ser muy usual acudir a este medio de investigación, pero debido a la complejidad de la pericia a realizar y los medios necesarios para proceder a ella, son organismos oficiales los que las realizan, así podemos destacar el Instituto Nacional de Toxicología ⁽³⁹⁾, Institutos de Medicina Legal (art. 504 LOPJ), y especialmente los Servicios de Policía Científica ⁽⁴⁰⁾.

Los peritos están sujetos a una doble obligación: la de acudir al llamamiento judicial, salvo que exista causa legítima que se lo impida (art. 462 LECr), y prestar el informe pericial, salvo que exista una relación de parentesco igual a la aludida para los testigos, o sea el Abogado del inculpado; en este caso, de no ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, podrá incurrir en multa de 25 a 250 pesetas, salvo que el hecho de lugar a responsabilidad criminal (cfr. arts. 463 y 416 LECr).

⁽³⁸⁾ Vid. STS de 13 de diciembre de 1989.

⁽³⁹⁾ Vid. art. 505 LOPJ y Orden de 30 de junio de 1987 (RCL 1801).

⁽⁴⁰⁾ Vid. RD 59/1987, de 16 de enero, y Orden de 17 de febrero de 1988 (RCL 389).

En caso de incumplimiento de estas obligaciones incurriría en iguales responsabilidades que las estudiadas para los testigos (art. 420 LECr). Incluida la de falso testimonio, que el Código Penal extiende a Peritos e Intérpretes, ya que en su obligación de prestar el informe se incluyen a su vez la de proceder bien y fielmente en sus operaciones y descubrir y declarar la verdad (cfr. art. 474 LECr); sancionándolos el Código Penal además de a pena privativa de libertad, a la de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años (arts. 459 y 460 CP).

Como indica Aragonese Martínez, estas obligaciones que recaen en los peritos podrían dar lugar a pensar que, en el proceso penal, éstos, al igual que los testigos, son infungibles. Pero no es exacto, ya que la pericia puede ser realizada por cualquiera que posea los conocimientos precisados, en este sentido cabe hablar de fungibilidad, no obstante estas obligaciones surgen del carácter público de los intereses en juego.

El perito tiene derecho a reclamar los honorarios e indemnizaciones que sean justos, si no tienen, en concepto de tales peritos, retribución fija satisfecha por el Estado, por la Provincia o por el Municipio (cfr. art. 465 LECr). Además, y esto también es aplicable a los testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, están protegidos por el Código Penal, contra conductas violentas o intimatorias, directas o indirectas, en su persona que tengan como finalidad modificar su actuación procesal (*vid.* art. 464 CP).

III. INTERVENCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS EN LA FASE DEL JUICIO ORAL

Como hemos visto, para que las declaraciones de testigos y peritos puedan ser tenidas en consideración en la sentencia, deben haber sido practicadas en el acto del juicio oral; de no ser así, como ocurre cuando es inevitable su práctica en la fase de instrucción, deberán realizarse con iguales garantías a las del juicio oral: publicidad, oralidad, contradicción e inmediación, se trata de los supuestos de prueba preconstituida o anticipada, ya tratados con anterioridad.

III.1 Derechos y obligaciones de los testigos

Como ya se ha dicho, el testigo en las causas penales es fundamental, tanto en la fase de instrucción como en la del juicio oral, de ahí que se afirme que mientras que el proceso civil es el reino del documento, el proceso penal lo es del testimonio ⁽⁴¹⁾.

La víctima del delito, al declarar, tiene la consideración de testigo, y se le aplica en bloque todo el régimen jurídico de éstos, pese a que resulta claro que no es un tercero en el proceso penal, ha sido el objeto del delito y puede incluso que sea parte, cuando se haya personado, que es el requisito que se exige para ello. En mi opinión la consideración de testigo, o no, carece de trascendencia, lo que si la tiene es que de esa declaración pueden derivar una serie de efectos para otros sujetos, esto es, la imposición de sanciones penales, por ello, y pese a lo que se dice, que la víctima no puede entender que habiendo sido la que ha sufrido la conducta del criminal, pueda imponérsele una sanción (gubernativas e incluso penales) por no cola-

⁽⁴¹⁾ TOMÉ GARCÍA, J. A. y AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 487.

borar con la Administración de Justicia, aunque suponga volcarse del lado del delincuente, pese a las últimas tendencias que tienen como misión acercar y que ocupe una posición importante en el proceso penal la víctima, ésta debe asumir que su conducta ha de estar sujeta a determinadas responsabilidades, de no ser así estaríamos creando unos sujetos privilegiados e inmunes al proceso penal por el hecho de atribuirse esa cualidad, con los que hay actualmente es suficiente.

El Tribunal Supremo habla también de *testimonio impropio*, refiriéndose a las declaraciones de los coimputados como medio probatorio, «*siempre que no se infiera del dicho incriminatorio o de las circunstancias concurrentes, razón alguna de venganza, odio, obediencia a un tercero, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otra similar, igualmente inconfesable, que reste credibilidad a su dicho*»⁽⁴²⁾, aunque en este caso resulta claro que el conjunto de obligaciones, deberes y responsabilidades que dimanen de la condición de testigo, *sui generis*, no le van a ser aplicables al tratarse de uno de los imputados en el proceso.

III.1.1 *Obligación de concurrir y declarar.*—Las obligaciones de los testigos en el plenario son idénticas a las de la fase de instrucción; tienen la obligación de concurrir y declarar (cfr. art. 702 LECr) ante el Tribunal todos los que están obligados a declarar con arreglo a lo expuesto (arts. 410 a 412 LECr), a excepción de los miembros de la Familia Real que están obligadas a declarar, aunque podrán hacerlo por escrito (art. 412.1 LECr), quedando exceptuados el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino, así como los que gocen de inmunidad diplomática con arreglo a los Tratados Internacionales firmados por España (cfr. art. 411 LECr), así como los testigos que se encuentren privados del uso de razón, y aquellos que estaban exceptuadas de la obligación de denunciar, que ya hemos tratado (cfr. art. 707 LECr).

Los altos cargos a que hace mención el artículo 412.2 de la LECr, si la razón de conocimiento ha sido en el desempeño de sus funciones, podrán consignar los hechos por medio de informe escrito, del que se dará lectura inmediatamente antes de proceder al examen de los demás testigos (cfr. art. 703, pfo. 1.º, LECr).

III.1.2 *Responsabilidades derivadas de su incumplimiento.*—La incomparecencia, al igual que ocurre en la fase de instrucción, si no media justa causa y es voluntaria puede dar lugar a la imposición de sanciones penales como autor del delito de obstrucción a la justicia, previsto en el artículo 463.1.º del Código Penal. En este precepto, se recoge la denominada *obstrucción pasiva*, con dos tipos penales; el básico, apartado número 1 del art. 463, en que es castigado con pena de arresto de fines de semana y multa «el que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral»; incurriendo sólo en pena de multa «el que, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión»; y, dos supuestos agravados, de los que no hay antecedentes en el Código de 1973, «si el responsable de este delito fuese Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función», y «si la suspensión tuviere lugar, en el caso del

⁽⁴²⁾ SSTS, entre otras, de 30 de octubre de 1992 (RJ 8622).

apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial».

La obligación de concurrir también está exceptuada en determinadas ocasiones, cuando el testigo no puede hacerlo por imposibilidad, y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio, en este caso, pese a que el artículo 718 señala que el Presidente designará a uno de los Magistrados del Tribunal, se constituirá el Tribunal en la residencia del testigo, si la tiene en el lugar del juicio, pudiendo las partes estar presentes para realizar las preguntas que estimen convenientes ⁽⁴³⁾. En la misma hipótesis, cabe la posibilidad de practicar la testifical mediante auxilio judicial, exhorto o mandamiento, cuando el testigo no resida en el punto en que el juicio se celebre, cabiendo la posibilidad de consignar por escrito las preguntas o repreguntas que estime la parte o partes convenientes y sean admitidas por el Tribunal (cfr. art. 719 LECr); igual procedimiento es aplicable en el caso de que el testigo sea residente en el extranjero ⁽⁴⁴⁾.

En cuanto a la obligación de declarar, la negativa del testigo da lugar a que incurra en multa de 5.000 a 25.000 pesetas, que se le impondrán en el acto; si aún así persiste, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad (cfr. arts. 716 LECr y 556 CP).

Además de la obligación pura y simple de declarar, debe el testigo declarar la verdad (cfr. art. 706 LECr), pudiendo incurrir en responsabilidad penal por falso testimonio. Ahora bien, siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio, cuando éste sea dado en dicho juicio (arts. 458 y ss. CP). O sea, si no declara en el juicio oral, incurrirá en igual responsabilidad penal por las declaraciones falsas vertidas en la fase de instrucción; no tiene el carácter de causa judicial (referida en el art. 458 del CP), por tratarse de una actuación preprocesal, las falsas manifestaciones de testigos en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal ⁽⁴⁵⁾ (arts. 5, pfo. 2.º, EOMF, y 785.bis LECr).

III.1.3 Derechos de los testigos.—En cuanto a los derechos todo lo dicho respecto a los que tienen en la fase de instrucción aquí también es aplicable, a ser indemnizados, a no declarar respecto de determinadas preguntas, y a que se adopten medidas de protección.

III.2 Obligaciones y responsabilidades de los peritos

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica tres preceptos en la fase de juicio oral, refiriéndose exclusivamente a la posibilidad de recusarlos que tienen las partes, y a la forma de declarar o realizar algún reconocimiento si fuera necesario, por ello todo lo dicho respecto a las obligaciones de éstos en la fase de instrucción, es aquí aplicable.

⁽⁴³⁾ Cfr. STS de 21 de abril de 1989 (RJ 3493), señala que el artículo 718 de la LECr debe interpretarse de acuerdo con la Constitución, «...con las exigencias, no expresadas en el tenor literal del artículo, provenientes del derecho a un juicio con todas las garantías, en especial, las referentes a la inmediación, que debe regir para todos los componentes del Tribunal y no solo para un miembro comisionado al efecto del interrogatorio, la oralidad, y, sobre todo, la contradicción».

⁽⁴⁴⁾ *Vid.* STS de 19 de enero de 1995 (RJ 155) y Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959 (RCL 19822423).

⁽⁴⁵⁾ LUZÓN CUESTA, J. M., cit., p. 297.

IV. PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS: BREVE REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA 19/1994, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS

Las declaraciones e informes de los testigos y peritos en el proceso penal, como se ha dicho, son con frecuencia fundamentales para que el mismo llegue a su buen fin, para el conocimiento real de los hechos; pese a las sanciones a que hemos hecho alusión, es frecuente el incumplimiento del deber de comparecer y declarar, debido al temor a las represalias, precisamente tomando como fundamento ese temor la Ley Orgánica 19/1994 articula una serie de medidas concretas, siguiendo las directrices marcadas en el Derecho Comparado, que como resulta coherente, no tienen carácter absoluto e ilimitado, quedando protegidos todos los principios jurídicos en que se asienta el proceso penal, el derecho a un proceso con todas las garantías, que se pone en equilibrio con la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares ⁽⁴⁶⁾.

IV.1 Ámbito de aplicación de la Ley

En cuanto al ámbito de aplicación ha sido criticado por su excesiva amplitud, al haber la posibilidad de adoptar las medidas previstas en la misma a todo tipo de causas criminales ⁽⁴⁷⁾, habiéndose señalado la conveniencia de restringirla a determinados supuestos delictivos como los de terrorismo y tráfico de drogas, en suma, a la delincuencia organizada.

En mi opinión en esos casos más que en otros debe acudir a la protección de testigos y peritos, aunque creo que es un acierto ese criterio tan amplio que da la Ley, pese a los problemas que conlleva, puesto que la justicia se hace tanto en los casos de más trascendencia social, como aquellos que afectan a menos sujetos y que no son públicamente conocidos; lo usual es que esa protección se produzca en los de delincuencia organizada, por lo que la utilización en otros no creo que pueda ser preocupante, no hay que olvidar que la exigencia de que sean adoptadas por la autoridad judicial supone una gran responsabilidad para los Jueces, y seguro que lo harán con el máximo rigor y celo, pese a las dificultades que pudiera entrañar, fundamentalmente de índole económica.

Para que sean de aplicación las disposiciones de la Ley, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos (cfr. art. 1.2 de la Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales).

⁽⁴⁶⁾ Exposición de Motivos Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de *Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales* (RCL 3495).

⁽⁴⁷⁾ En este sentido puede verse a FUENTES SORIANO, O.: *La LO 19/1994, de Protección de Testigos en Causas Criminales*, Revista de Derecho Procesal, 1996, 1, p. 137.

IV.2 Medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994

El Juez Instructor, en caso de que aprecie racionalmente un peligro grave, acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones (cfr. art. 2 Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales):

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

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

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

En el artículo 3, con igual finalidad, que no pueda ser identificado por otros sujetos que no sean el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal, se señalan otras medidas:

a) En el apartado 1 de la Ley Orgánica, hay un mandato legal a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial, en virtud del cual éstos deberán cuidar «... evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados».

El problema que podría suscitarse, de plantearse este supuesto de hecho, es que el testigo o perito, en mayor o menor medida, puede estar identificado públicamente.

b) Protección policial, a instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantiene la circunstancia de peligro grave de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso.

Desde el punto de vista procesal lo que se plantea es cuál es la razón por la que no puede el Juez adoptar de oficio esta decisión, no existe razón lógica alguna que sustente esta imposibilidad, de acuerdo con el tenor literal del precepto siempre deberá ser a instancia del Ministerio Fiscal, resulta claro que no podrá ser instada por otra parte, ya que, teóricamente, desconocerán la identidad del testigo o perito.

c) «En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo» (art. 3, apdo. 2).

Nada dice en cuanto a quien puede solicitarla, si el Fiscal, el propio testigo o perito, o de oficio el Juez. Plantea muchos interrogantes, quién expide esos documentos, si exclusivamente en virtud de la orden del juez, si ese cambio de identidad incide en la total esfera del sujeto, esto es si hay inscripción en el Registro Civil haciendo constar tal circunstancia, o si por el contrario no es así, si la expedición y/o utilización

de esos documentos, pese a autorizarlo la Ley, pudiera o no ser constitutiva de falsedad en documentos públicos, entre otros.

d) «Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado» (cfr. art. 3.2 *in fine*).

Aquí sí que se expresa quién podrá solicitar esta medida, testigos y peritos, aunque nada impide que el propio Juez la acuerde de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

Realizada una visión genérica de las medidas, y el articulado tan exiguo, no son pocos los problemas y preguntas que plantea, de ahí la previsión de desarrollo reglamentario ⁽⁴⁸⁾, si bien, como viene siendo habitual en el legislador durante estos últimos años, esas previsiones se incumplen sistemáticamente.

IV.3 Momentos en que pueden solicitarse o acordarse las medidas y recursos

Las medidas, como se ha dicho, pueden adoptarse en la fase de instrucción, al igual que en la de juicio oral, así, «recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate» (cfr. art. 4.1 Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales).

Cabe, por tanto, no sólo su mantenimiento, sino también su modificación o supresión, e incluso la adopción de nuevas medidas por el órgano encargado de enjuiciar al sujeto, además de parecer que no deben seguirse los mismos criterios en la adopción de las medidas dadas las expresiones utilizadas en este precepto, frente al «peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos», que exige el artículo 1.2 de la Ley Orgánica para la aplicación de las medidas protectoras; la diferencia es clara el Juez debe basar la decisión de que continúe el proceso penal por existir indicios racionales de criminalidad, caso en el que se le imputa el delito, por el contrario, el Tribunal una vez que se abre la fase de juicio oral y ésta finaliza, debe decidir sobre la culpabilidad o inocencia del que en esa fase es acusado, en ese periodo, más todavía, si cabe, debe disponer de todos los medios de defensa y ataque posibles, por ello debe estar más restringido el uso de los testimonios ocultos, sin perjuicio de que es unánimemente reconocido que el derecho de defensa debe respetarse y abarcar, en todo caso, tanto la fase de instrucción como la de juicio oral.

⁽⁴⁸⁾ La Disposición adicional segunda indica que «el Gobierno en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución».

Contra el auto acordando alguna de las medidas citadas, cabrá recurso de reforma o súplica (cfr. art. 4.2 Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales).

IV.4 *Medidas de protección de testigos versus derecho de defensa*

Las medidas protectoras tienen como finalidad que se desconozca la identidad del testigo o perito, lo que podría conculcar el derecho de defensa. No hay que olvidar que cuando se recibe declaración al testigo, en primer lugar se le preguntan sus circunstancias personales, para conseguir su plena identificación, y la relación que tiene, o puede tener, con el procesado, para conocer su parcialidad o imparcialidad y, por tanto, conocer la veracidad de sus manifestaciones, ese desconocimiento es exclusivamente de las partes, no del Juez o Tribunal ni del Ministerio Fiscal; el conocimiento de esa información puede ser fundamental también para el derecho de defensa, así se habla de que el derecho de defensa se materializa en la posibilidad de que el imputado o acusado (fase de instrucción y juicio oral, respectivamente), pueda contestar a la acusación de forma amplia, para lo cual se le informará exhaustivamente de los hechos que se le imputan, así como quién se los imputa, tratando de posibilitar que su posición se realice en los términos que él desee ⁽⁴⁹⁾.

En cuanto al desconocimiento de la identidad de los testigos se habla de testigos anónimos y ocultos, pero la Ley 19/1994 no la observa; el Tribunal Constitucional ⁽⁵⁰⁾, siguiendo la distinción realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entiendo por testimonio anónimo la «declaración de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa o por ambos», por el contrario, el testimonio no puede calificarse de anónimo, sino de oculto, aquel que procede de una persona cuya identidad es necesario proteger, pero en relación con el cual se ha de posibilitar la contradicción.

Esta distinción es importante, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que no cabe la posibilidad de fundamentar una sentencia condenatoria en el testimonio anónimo ⁽⁵¹⁾, pero no sostiene la misma teoría en cuanto a los testigos ocultos, respecto de los que indica que puede basarse siempre que se haya salvaguardado el principio de contradicción y el derecho de defensa, y para ello, no siempre es necesario desvelar la verdadera identidad del declarante ⁽⁵²⁾.

No obstante, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley (cfr. art. 4.3 Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales) ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ FUENTES SORIANO, cit., p. 150.

⁽⁵⁰⁾ STC 64/1994, de 28 de febrero (RTC 64).

⁽⁵¹⁾ Vid. STEDH, caso Kostovsky, de 20 de noviembre de 1989, serie A, número 166.

⁽⁵²⁾ En este sentido STEDH, de 15 de junio de 1992, caso Ludi contra Suiza, serie A, número 238.

⁽⁵³⁾ Continúa diciendo el citado precepto: «... En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se computará a partir del momento

Íntimamente relacionado con el derecho de defensa, el apartado 5 del artículo 4 de la Ley Orgánica indica que «las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes».

A esto ya hemos hecho alusión al referirnos a las diferencias entre las declaraciones de peritos y testigos como acto de investigación y de prueba, por tanto, excepcionalmente y siempre que reúna los requisitos aludidos al tratar este tema (*infra*. epígrafe II.1.), podrá valorarse como prueba anticipada, pudiendo el Tribunal apoyarse en esas declaraciones, claro está cumpliendo los principios de oralidad y contradicción en la fase de instrucción, y sin perjuicio de que en el juicio oral se lean esas declaraciones y tenga el defensor posibilidad de ataque y defensa contra las mismas.

en que se notifique a las partes la identidad de los mismos. En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio. 4. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación».