

LA ADMISIBILIDAD DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS Y LA RELEVANCIA PROCESAL DEL DENUNCIANTE-TESTIGO: ¿UN IMPULSO EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS O UN RETROCESO EN LOS DERECHOS DE LOS DENUNCIADOS?

THE ADMISSIBILITY OF ANONYMOUS COMPLAINTS AND THE PROCEDURAL RELEVANCE OF THE COMPLAINANT-WITNESS: A BOOST IN THE PROSECUTION OF CRIMES OR A SETBACK IN THE RIGHTS OF THOSE DENOUNCED?

DRA. SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER¹

Resumen

Una de las formas “clásicas” de transmisión de la *notitia criminis* es la denuncia que, si bien es de carácter netamente antiformalista, lo cierto es que, entre sus requisitos, y a tenor de lo establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, requiere de la identificación y posterior ratificación del denunciante. A pesar de ello, la jurisprudencia primero, y el legislador después, en aras a fomentar la participación ciudadana en la comunicación de ciertos hechos delictivos de especial gravedad por un lado, y a evitar las represalias contra el informante, ha permitido el anonimato del denunciante, lo cual puede suponer una merma en los derechos de defensa del denunciado, no solo en la investigación de los hechos denunciados, sino muy especialmente en el acto del juicio oral, en el caso de que se le diera algún tipo de valor probatorio a dicha denuncia sin exigir la ratificación del denunciante.

Palabras clave

Denuncias anónimas, identificación del denunciante, ley 2/2023, Directiva 2019/1937, la protección del testigo: testigo protegido, testigo anónimo, derecho de defensa, principios del proceso penal.

¹Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho Procesal, adscrita al Departamento de Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: susana.alvarezdeneyra@uam.es

Abstract

One of the "classic" forms of transmission of the *notitia criminis* is the complaint, which, although it is fundamentally anti-formalist in nature, does require, according to our Criminal Procedure Act, the identification and subsequent ratification of the complainant. Despite this, jurisprudence initially, and later the legislator, in an effort to encourage citizen participation in reporting certain particularly serious criminal acts and to prevent reprisals against the informant, has allowed for the anonymity of the complainant. This, however, can potentially undermine the defense rights of the accused, not only in the investigation of the reported facts but especially during the oral trial, if any probative value is given to the complaint without requiring the complainant's ratification.

Keywords

Anonymous complaints, identification of the complainant, Law 2/2023, Directive 2019/1937, the protection of witnesses: protected witness, anonymous witness, right of defense, principles of criminal procedure.

Sumario: 1.- INTRODUCCIÓN. 1.1.- La denuncia como forma de participación activa en el sistema de justicia. 1.2.- El carácter antiformalista de la denuncia y sus requisitos. La identificación del denunciante. 2.- LA VALIDEZ DE LA DENUNCIA ANÓNIMA. 2.1.- La tramitación de la denuncia anónima y el juicio de verosimilitud. 2.2.- Valoración de la denuncia anónima. 2.2.1.- La perseguibilidad del delito. 2.2.2.- La merma del derecho de defensa de la persona denunciada como posible autora del hecho delictivo. 2.2.3.- Admisión -o no- de las denuncias anónimas para la puesta en conocimiento de cualquier delito. 3.- LA PRESERVACIÓN DEL ANONIMATO DEL DENUNCIANTE. 3.1.- La ocultación de la identidad: finalidad. 3.2.- Los criterios específicos de la Directiva 2019/1937 y la ley 2/2023, de 20 de febrero para la protección de los informantes anónimos de infracciones normativas en el ámbito empresarial. 3.2.1.- Contexto económico y social. 3.2.2.- Ámbito de aplicación de la ley 2/2023. 4.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL DENUNCIADO. 5.- EL TESTIGO ANÓNIMO Y SU PROTECCIÓN EN LA FASE DE JUICIO ORAL. LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO. 5.1.- Planteamiento de la cuestión. 5.2.- El equilibrio entre derechos contrapuestos. 6.- CONCLUSIÓN.

Tira la piedra y esconde la mano.
Francisco de Quevedo

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- La denuncia como forma de participación activa en el sistema de justicia

La denuncia de los ciudadanos que han presenciado la comisión de un hecho delictivo constituye uno de los modos más frecuentes de iniciación del proceso penal². En una primera aproximación conceptual podríamos decir que la denuncia constituye el acto verbal o escrito -incluso virtual-, por el que se traslada a la autoridad competente la existencia de uno o varios hechos que revisten caracteres de delito de los que se tiene noticia. En términos generales, y salvo las excepciones recogidas en la propia ley, debemos partir de que la denuncia es un deber cívico, es una obligación para todo aquél que tuviera conocimiento de un hecho criminal, aunque no le hubiere ocasionado perjuicio alguno³.

De este modo, la denuncia es un mecanismo fundamental del que dispone la sociedad para propiciar la investigación del ilícito penal, convirtiéndose en un instrumento básico para el cumplimiento de las leyes y el actuar de los entes responsables de impartir justicia, evitando la impunidad frente a los delitos. Es la mejor herramienta para activar el aparato de la justicia penal, para prevenir y sancionar delitos gracias a la colaboración de los terceros que comunican esos hechos permitiendo su investigación, persecución y, en su caso, la sanción de los responsables. La decidida participación de la ciudadanía en el mantenimiento del orden social es imprescindible y, en lo que se refiere al castigo de los delitos, el papel de la colectividad tiene un carácter absolutamente relevante y primordial. Por lo tanto, la denuncia es esencial en cualquier sistema de justicia penal⁴, especialmente en el caso de infracciones penales que afectan el orden público o a la seguridad de las personas, donde la actuación rápida y efectiva de las autoridades puede prevenir la continuidad o repetición del delito.

1.2.- El carácter antiformalista de la denuncia y sus requisitos. La identificación del denunciante

Precisamente para facilitar el cumplimiento de la obligación a la que antes nos referíamos (de dar traslado a los órganos competentes de la comisión de un hecho delictivo), la ley es claramente antiformalista respecto de los requisitos de la denuncia. Esta sencillez tiende a simplificar la interposición de la denuncia, de modo que apenas son tres las condiciones exigidas para darle curso: la identificación del denunciante; el relato de los hechos aparentemente delictivos, y la ratificación.

² Art. 259 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Además de la querrela, cuando el agraviado desea constituirse en parte pasiva del proceso.

³ Con independencia de las dispensas y de los supuestos de deber reforzado de denunciar, a los que ahora no haremos referencia.

⁴ Si bien no en todos los sistemas jurídicos se configura como una obligación para quien presenciare los hechos. Así, en la mayoría de los sistemas de *common law*.

En Guatemala está regulada principalmente por el Código Procesal Penal⁵, estableciendo cómo se realiza, los derechos de los denunciantes, y las obligaciones de las autoridades tras su recepción. En España, es nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal la que regula esta materia⁶.

Pues bien, en ambos ordenamientos jurídicos se recoge, entre los requisitos de la denuncia, la necesaria identificación del denunciante⁷. El art. 297 del CPPG es rotundo, al exigir en su segundo párrafo que “El denunciante deberá ser identificado”⁸. Igualmente tajante es el art. 265 de la LECrim española, al establecer, en su apartado 2, que “La denuncia contendrá la identificación de la persona denunciante”. No obstante, la obligación de denunciar tiene un alcance distinto en cada uno de los sistemas jurídicos, siendo más amplia dicha obligación en el ordenamiento español, en cuyo análisis nos centraremos en el presente estudio.

A pesar de la claridad de la norma, nuestro Tribunal Supremo (TS) ha venido admitiendo las denuncias anónimas, sin duda por la necesidad de impulsar la eficaz impartición de la justicia penal. La cuestión más discutible es la argumentación del propio TS para defender su criterio, cual es, de forma resumida, afirmar que la regulación de la LECrim sobre la denuncia la configura como un instrumento de transmisión de la *notitia criminis* de carácter, como ya hemos indicado, netamente antiformalista y, aunque entre los requisitos se recoge el de la identificación y posterior ratificación del denunciante, lo cierto es que la ley no prohíbe *expresamente* la denuncia anónima⁹. De este modo el Alto Tribunal ha permitido la investigación penal de los hechos denunciados sin identificación del denunciante.

2.- LA VALIDEZ DE LA DENUNCIA ANÓNIMA

2.1.- La tramitación de la denuncia anónima y el juicio de verosimilitud

Para tratar algunos de los efectos sobre el proceso penal de la admisibilidad de la denuncia anónima, debemos comenzar por centrar nuestro análisis en la fase de instrucción, cuestionando si el hecho de que la identidad del denunciante permanezca oculta debe impedir la investigación de los hechos denunciados – es decir, la admisibilidad de la propia denuncia anónima-, o no.

Si se opta por admitir y tramitar la denuncia, sin que el denunciante aparezca identificado, el derecho de defensa del encausado podría sufrir un menoscabo en el supuesto de que

⁵ En adelante, CPPG. Decreto 51-92 del Congreso de la República, y en la *Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer* (Decreto 22-2008).

⁶ Título I del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), arts. 259 a 269.

⁷ Cuestión distinta es en qué casos es obligatorio presentar la denuncia en uno y otro sistema jurídico, a lo que haremos referencia más adelante.

⁸ Se establece en este mismo precepto la obligación general (“deberá”) de toda persona de comunicar a la policía, al Ministerio Público o a un tribunal, el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública.

⁹ STS 1335/2001, de 19 de julio.

se llegara a abrir diligencias de investigación, y, más específicamente, en el acto del enjuiciamiento, al no ser posible solicitar de aquél -que no deja de ser testigo, al ser conocedor del hecho delictivo- que preste testimonio en el juicio oral. Y ello es así porque en el proceso penal se reconoce a todos los encausados una serie de derechos procesales constitucionalizados, entre los que destacan el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, gozando de una serie de garantías y de principios básicos, tales como la inmediatez, la contradicción, la publicidad y la igualdad de armas, que se podrían ver lesionados en el supuesto de imposibilidad de traer al denunciante anónimo como testigo al juicio oral, como veremos.

A pesar de que parece evidente que, primero los tribunales y después el legislador¹⁰, han querido dar paulatinamente cobertura legal a la denuncia anónima desde diversas perspectivas, ello no significa que se deba dar por válida, sin más, la información que en ella se contiene, siendo preciso, a tenor de lo que la jurisprudencia ha sostenido, que se supere el llamado *juicio de verosimilitud* o *juicio de ponderación reforzado*, que exige a su destinatario la valoración de su suficiencia para la incoación del oportuno proceso penal.

La sentencia del Tribunal Supremo (STS) 318/2013 sostenía que ese juicio *a priori* de verosimilitud exige del juez instructor, aun de manera indiciaria, cotejar *ab initio* la credibilidad y la autenticidad de los hechos recogidos en la denuncia anónima. Debemos tener en cuenta que es preceptivo adoptar ciertas precauciones si se ha recibido anónimamente una *notitia criminis*, pues, para impulsar una posible investigación en estos supuestos -especialmente si fuera pertinente acordar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales-, es necesario basarse en algo más que la mera denuncia anónima. Según la STS 1335/2001, de 19 de julio, el hecho de que el denunciante no se identifique, no debe impedir de forma automática y radical que se investiguen los hechos a los que se refiere aquélla, si bien la denuncia debe ser contemplada “con recelo y desconfianza”. De este modo, nuestros tribunales han exigido la concurrencia de otros indicios, pruebas, documentos, etc., que sostengan la credibilidad de los hechos narrados en la denuncia.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹¹ ha matizado recientemente la *exigencia de la veracidad*, afirmando que no puede reclamarse propiamente la autenticidad en el momento de la comunicación de los hechos, siendo suficiente que se hubiera procurado comprobar la exactitud de lo aparentemente ocurrido. Por otra parte, el propio TEDH ha sostenido que, si bien las denuncias anónimas sí pueden servir de base para las investigaciones policiales, lo que no cabe es que el contenido de la denuncia se pueda utilizar como prueba de cargo ni como fundamento para acordar medidas limitativas de derechos fundamentales¹².

¹⁰ Aun de manera muy específica, centrado en el ámbito profesional y laboral, como veremos más adelante.

¹¹ Asunto *Halet contra Luxemburgo*, de 14 de febrero de 2023.

¹² SSTEDH caso *Kostoc.ki*, de 20 de noviembre de 1989, y caso *Windisch*, de 27 de septiembre de 1990. Nuestro TS ha acogido una tesis similar en las SSTS 373/2017, de 24 de mayo y 583/2017, de 19 de julio.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha seguido este mismo criterio, aseverando que una denuncia anónima no constituye, por sí misma, “fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que se atribuye su comisión”¹³.

En similar sentido se expresa la STS 141/2020, de 13 de mayo, exigiendo de nuevo un *juicio de ponderación reforzado*, pero sin que el anonimato de la denuncia pueda soslayar que la información recogida en la misma, “una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que suministran, pueda hacer surgir en el juez, o en el fiscal, o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”¹⁴. Por ello no cabe rechazar *a limine* su admisión, máxime cuando es sabido que mantener oculta la identidad del denunciante supone, en muchos casos, una cautela para el mismo, con la única intención de evitar posibles represalias. Es decir, si el órgano instructor considera que la denuncia tiene visos de credibilidad y verosimilitud, debería comprobar, de la mejor manera posible, la probable certeza de los hechos recogidos en aquélla, pero no rechazarla de entrada.

También la Fiscalía General del Estado (FGE) ha secundado este criterio. Ya la Circular 4/2013 de la FGE entendía que, aun siendo cierto que la LECrim exige la identificación y ratificación del denunciante, el incumplimiento de este requisito no debe suponer su inadmisión de forma automática. Más recientemente, la Circular 2/2022 de la FGE, de 20 de diciembre, *sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal*, dispone que la denuncia anónima, si bien “adolecerá de idoneidad para integrar conceptualmente lo que por denuncia en sentido jurídico-formal deba entenderse, su capacidad para transmitir una sospecha generadora de investigación preparatoria debe estar fuera de duda”. Más aún, en apoyo de su parecer la propia Circular destaca que el recelo que pueda derivarse del anonimato de la denuncia no debe ser un freno para reconocerle su utilidad para potenciar la colaboración con la justicia.

Pues bien, el posible debate doctrinal sobre la validez -o no- de la denuncia anónima se estrecha con la ley 2/2023, al menos, en lo que a su ámbito de aplicación se refiere (entorno laboral y profesional, como veremos más adelante). En la lucha contra la actividad criminal dicha ley consagra la tendencia de admitir esta forma de transmisión del hecho delictivo, con la finalidad evidente de animar a los posibles informantes a

¹³ Vid., STC 184/2003 de 23 de octubre y STS 416/2005, de 31 de marzo. En el mismo sentido, STS 27/2004, de 13 de enero al decir que “**la desnuda confidencia anónima como único indicio no puede justificar la petición ni menos la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales**”.

¹⁴ Vid., SSTS 580/2020, de 5 de noviembre; 159/2020, de 18 de mayo, y 142/2020, de 13 de mayo. En similar sentido se expresa MAGRO SERVET, al decir que el anonimato de la denuncia debe conllevar una investigación policial más exhaustiva para determinar la veracidad del contenido de aquélla, pero sin que dicho anonimato pueda suponer la nulidad de lo actuado por falta de identificación del informante. MAGRO SERVET, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. *Diario La Ley*, Nº 10239, 2 de marzo de 2023.

cumplir esa función de puesta en conocimiento de los delitos ante las autoridades, bajo el paraguas protector del anonimato. El art. 17 de esta norma permite la recepción de la información de manera completamente anónima, preservándose, en caso contrario, la identidad del informante según lo establecido en el art. 33 del mismo texto legal¹⁵.

No obstante lo anterior, el legislador del año 2023 se hizo eco de la corriente doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de superar el juicio de verosimilitud, estableciendo en su art. 18.1 la inadmisibilidad de la denuncia anónima cuando los hechos relatados carecieren de forma manifiesta de credibilidad o de fundamento.

2.2.- Valoración de la denuncia anónima

La cuestión que se suscita es la del valor del contenido de la denuncia presentada por quien no se ha identificado o no se quiere identificar. Esa transmisión de la *notitia criminis* de manera oculta genera varios interrogantes y objeciones. De entrada, podemos apuntar lo siguiente:

2.2.1.- La perseguibilidad del delito

La fuerza y verosimilitud de la denuncia decae cuando esta se cursa de manera anónima. Es más fácil incurrir en denuncias calumniosas para quien se esconde tras el anonimato, pues no ofrece los mismos visos de credibilidad que las denuncias en las que el denunciante sí se ha identificado. Eso puede provocar que, al menos de entrada, se cuestione la propia comisión del delito y, en definitiva, que no se investigue el mismo. Por ello se requeriría *ab initio* de unos visos de razonabilidad -superar el juicio de verosimilitud, al que ya nos hemos referido- que tendieran a descartar la existencia de unos intereses espurios en la denuncia anónima.

2.2.2.- La merma del derecho de defensa de la persona denunciada como posible autora del hecho delictivo

Cuando en la denuncia anónima se señale a una determinada persona como responsable del presunto ilícito penal, la falta de identificación del denunciante puede suponer una lesión del derecho de defensa de aquélla. Pensemos en que podría ser conveniente citar al denunciante como testigo -ya sea para una primera declaración ante el juez instructor o, posteriormente, para depositar su testimonio en el juicio oral-, pero dicha posibilidad no se puede ejercitar al desconocerse la identidad de aquél. Si la información contenida en la denuncia se da por válida, ello provocaría que se tramitara, que se investigaran los hechos y que se abriera el juicio oral, pero en la fase probatoria no se podría presentar una prueba testifical de especial relevancia como es la de quien se supone que ha presenciado los hechos o era conocedor de los mismos. Eso exigiría un *plus* en la

¹⁵ Es de destacar que, en este supuesto, se recoge una excepción que permite al órgano judicial revelar la identidad del denunciante. Vid., art. 33.3 párrafo 2º de la ley.

acreditación del delito y un más amplio acervo probatorio, para salvaguardar el derecho de defensa del sometido al proceso.

2.2.3.- Admisión -o no- de las denuncias anónimas para la puesta en conocimiento de cualquier delito

Como veremos más adelante, el legislador español, a resultas de la trasposición de la normativa de la Unión Europea, ha admitido esta forma de comunicar la *notitia criminis* en el seno de la actividad empresarial o laboral, pública o privada, pero extendiendo su ámbito de aplicación a la protección, no sólo de quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, sino que también abarca las infracciones penales administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico en dicho contexto laboral. Esto permite que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad, favoreciendo la investigación y toma de medidas desde la propia empresa, para evitar o frenar la continuidad de la actividad delictiva.

Para el resto de los ámbitos; es decir, los no incluidos en normas específicas o sectoriales, debemos seguir acudiendo a la interpretación que de esta cuestión ofrecen nuestros más altos tribunales.

3.- LA PRESERVACIÓN DEL ANONIMATO DEL DENUNCIANTE

3.1.- La ocultación de la identidad: finalidad

Como ya hemos tenido ocasión de exponer, la razón de ser tras la denuncia anónima suele ser el temor a represalias por parte de la persona denunciada o del entorno de ésta¹⁶. La cuestión de la preservación de la identidad del denunciante-testigo y su incidencia en el derecho de defensa ha sido una cuestión ampliamente debatida, tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia. La gran mayoría de los ordenamientos buscan fórmulas -con mayor o menor éxito- para proteger al testigo y asegurarse la deposición de su testimonio en el acto del juicio oral para que, de este modo, pueda unirse su conocimiento de los hechos delictivos al conjunto probatorio¹⁷. Esas medidas

¹⁶ No podemos dejar de lado la posibilidad de que si se identificara al denunciante se le podría llamar a declarar en el acto de la vista como testigo.

¹⁷ Si el informante mantiene oculta su identidad desde un primer momento, es evidente que ninguna medida de protección se podrá adoptar sobre él, por lo que la cuestión se centrará en estos casos únicamente en la credibilidad que puede ofrecer dicha forma de transmisión de la *notitia criminis*, cuestión a la que ya nos hemos referido.

En el supuesto de que dicha identidad se mantuviera *protegida*, es decir, que sólo fuera conocida por los órganos judiciales de instrucción y de enjuiciamiento, cabría acudir al art. 2 de la LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales, que permite preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo. Ello no obstante la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado. Se tratará esta cuestión más adelante.

de protección sirven igualmente para garantizar la seguridad y confidencialidad de quien decide dar un paso adelante al denunciar un delito y cobran especial relevancia cuanto mayor sea el riesgo de revancha o resarcimiento por la significativa gravedad del acto criminal.

Las últimas novedades legislativas han reconocido la virtualidad de la denuncia anónima en el contexto empresarial. Primero, la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁸, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*, y, posteriormente, la ley 2/2023¹⁹ de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, para la trasposición de la mencionada Directiva al ordenamiento jurídico interno español. Se ponía así de manifiesto esta necesidad de amparar la confidencialidad del denunciante en el ámbito de aplicación de la ley.

3.2.- Los criterios específicos de la Directiva 2019/1937 y la ley 2/2023, de 20 de febrero para la protección de los informantes anónimos de infracciones normativas en el ámbito empresarial

3.2.1.- Contexto económico y social

La necesidad de perseguir eficazmente conductas especialmente dañinas para los intereses económicos y empresariales impulsó a la UE a considerar la conveniencia de admitir la denuncia anónima y de proteger al propio denunciante. En efecto, desde hace años ha ido calando en todo nuestro entorno jurídico e incluso en la propia sociedad, la necesidad de potenciar la cultura de la transparencia en el ámbito empresarial, pero también en la administración pública. Esta corriente se asocia al llamado *buen gobierno* y a la lucha contra el fraude y la corrupción. Con este fin se han articulado diversos medios para favorecer la comunicación de conductas ilegítimas a quien fuera conocedor de ellas, lo que, a su vez, facilitaría a la propia empresa la rápida toma de decisiones para frenar dicha forma de proceder. El problema que se daba en estos casos era que el empleado comunicante era visto como una persona desleal para con la empresa, al denunciar algún tipo de acto ilícito que acaecía en el seno de aquélla. Modificar esta perspectiva de enfocar el problema ha supuesto la conveniencia de un cambio de mentalidad; pasar de ver al empleado informante como un delator, a considerarle como alguien interesado en la protección de la legalidad y del buen hacer, asentándose en la sociedad la

¹⁸ De fecha de 23 de octubre.

¹⁹ Podemos hacer referencia al tratamiento que se le fue dando a esta cuestión en otras normas de la UE. Así, la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, *sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado*; la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, *relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación*; la Directiva UE 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*; la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo*, y la Directiva 2017/1371/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*.

Se podrían citar igualmente varias Resoluciones del Consejo de Europa que buscaban la protección de los denunciantes anónimos. Así, la Resolución 1729/2010, de 29 de abril o la Resolución 2300/2019, de 1 de octubre.

concienciación de la persecución y castigo de quienes quebrantan la ley, sin que deban consentirse ni silenciarse los incumplimientos de los que se pueda llegar a tener conocimiento.

Fomentar que los sabedores de esas acciones irregulares se atrevan a dar el paso de comunicarlas ha requerido de la aprobación de diversos instrumentos legales, más allá de la necesaria concienciación de la ciudadanía. La finalidad subyacente se repite: favorecer la denuncia de las prácticas ilícitas o irregulares, tramas criminales relacionadas con la delincuencia económica y la corrupción, ya sea a nivel interno o externo, o incluso a través de los medios de comunicación. Para lograr ese objetivo era imprescindible, a su vez, que el denunciante se sintiera seguro de que no se tomarían represalias en su contra, ya fuera en el ámbito laboral, profesional, social, económico, familiar, etc.

En el seno de la Unión Europea y en España, diversos instrumentos legales contribuyeron a incentivar y promover la creación de *buzones* de colaboración y canales de denuncia interna en las empresas que garantizaran el anonimato o, cuando menos, la confidencialidad del denunciante. Así, la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, de modificación del Código Penal (CP), para la trasposición efectiva y en plazo de las Directivas UE en los ámbitos financiero (abusos de mercado, fraude) y de terrorismo²⁰.

Es especialmente destacable la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo²¹, relativa a la *protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*. Precisamente con la finalidad de trasponer dicha Directiva, el legislador español aprobó la ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, que no sólo recogía, sino que ampliaba el contenido mínimo esencial de los requerimientos europeos²².

3.2.2.- Ámbito de aplicación de la ley 2/2023, de 20 de febrero

Con relación al ámbito de aplicación material de la ley 2/2023, debemos destacar que no sólo se busca la protección de quienes informen sobre acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea cuando afecten a los intereses financieros de la UE o que incidan en el mercado interior cometidas en el seno o contexto laboral o profesional de instituciones públicas o privadas, - según previene la Directiva 2019/1937²³-, sino que el legislador español consideró conveniente extender su

²⁰ Así como para tratar diversas cuestiones de índole internacional, con un incremento de las sanciones por actividades ilegales que pudieran poner en riesgo la reputación de las empresas e incluso suponer su disolución.

²¹ De fecha de 23 de octubre.

²² La norma española extiende la protección del informante a la comunicación de infracciones distintas de las propias del derecho de la UE.

²³ EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY ESTABLECE EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN QUE, COMO ADELANTÁBAMOS, ES LIMITADO. LA PROTECCIÓN QUE DISPENSA ESTA LEY TAN SÓLO SE REFIERE A LOS INFORMANTES DE LAS ACCIONES U OMISIONES QUE PUEDAN CONSTITUIR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SIEMPRE QUE:

aplicabilidad también a las infracciones penales y administrativas de carácter grave o muy grave²⁴ según el ordenamiento nacional²⁵, excluyendo aquellas que tengan una normativa específica²⁶. A su vez, se protege a las personas que desean denunciar dichas conductas, preservando su identidad, cuando se hayan comunicado mediante los mecanismos regulados en dicha ley.

El interés del Estado en perseguir determinadas actividades delictivas ha quedado patente en dicha ley al permitir mantener el anonimato del informante. La razón para ello es doble: por un lado, la necesidad de promover una actitud cívica ante este tipo de delitos, y, por otro, de mantener esa esfera de protección al denunciante, optando, entre otras medidas, por amparar el anonimato de aquél. Se trataba, en definitiva, de animar al comunicante a denunciar tales infracciones, asegurándole que su identidad permanecería oculta, y que sólo podría darse a conocer a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal, o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora²⁷.

La norma quiere proteger a dicho informante por medio del anonimato y de diversos instrumentos de salvaguarda, para fomentar la defensa y promoción de la actitud cívica

1.º *Entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea enumerados en el anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno;*

2.º *Afecten a los intereses financieros de la Unión Europea tal y como se contemplan en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); o*

3.º *INCIDAN EN EL MERCADO INTERIOR, TAL Y COMO SE CONTEMPLA EN EL ARTÍCULO 26, APARTADO 2 DEL TFUE, INCLUIDAS LAS INFRACCIONES DE LAS NORMAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE COMPETENCIA Y AYUDAS OTORGADAS POR LOS ESTADOS, ASÍ COMO LAS INFRACCIONES RELATIVAS AL MERCADO INTERIOR EN RELACIÓN CON LOS ACTOS QUE INFRINJAN LAS NORMAS DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES O CON PRÁCTICAS CUYA FINALIDAD SEA OBTENER UNA VENTAJA FISCAL QUE DESVIRTÚE EL OBJETO O LA FINALIDAD DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.*

LA DISPOSICIÓN FINAL NOVENA DE LA LEY INCORPORA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937.

²⁴ MAGRO SERVET se muestra crítico con esta referencia limitada a delitos “graves o muy graves” que hace el legislador, entendiendo que se deberían haber incluido también las infracciones menos graves, pues “si el concepto de «infracción» se refiere al de «delitos», existirán delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión que no serán objeto de este canal de denuncias. El objetivo de estos canales no debería ser solo la «gran delincuencia», sino la delincuencia en sí misma, a fin de darles la debida operatividad”. MAGRO SERVET, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. *Diario La Ley*, Nº 10239, 2 de marzo de 2023.

²⁵ MAGRO SERVET se muestra crítico con esta referencia limitada a delitos “graves o muy graves” que hace el legislador, entendiendo que se deberían haber incluido también las infracciones menos graves, pues “si el concepto de «infracción» se refiere al de «delitos», existirán delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión que no serán objeto de este canal de denuncias. El objetivo de estos canales no debería ser solo la «gran delincuencia», sino la delincuencia en sí misma, a fin de darles la debida operatividad”. MAGRO SERVET, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. *Diario La Ley*, Nº 10239, 2 de marzo de 2023.

²⁶ La que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea recogidos en la Directiva (UE) 2019/1937.

²⁷ Vid., art. 33 ley 2/2023.

ante la comisión de este tipo de infracciones²⁸. A tal fin incluso se establece la nulidad de cláusulas contractuales que pretendan impedir o cercenar de algún modo el derecho de trasladar la información sobre las conductas sancionadas por la ley. Y es de destacar que se exime de responsabilidad al informante, de modo que se produce una inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos que se hubiesen iniciado para exigir una hipotética reparación de daños. Eso evitaría las posibles consecuencias que podrían derivarse de la traslación de una información incorrecta. Así, según el art. 38 de la ley 2/2023, estas medidas de protección parten de la base de que no se considerará que los informantes hayan infringido ninguna restricción de revelación de información ni incurrirán en responsabilidad por las comunicaciones o revelaciones realizadas en los términos descritos en la propia ley, como tampoco por las acciones llevadas a cabo para el acceso y la adquisición de la información y de los datos, si bien se excluyen de estas exenciones de responsabilidad las de carácter penal²⁹.

Sin embargo, no olvidemos que esta protección de los informantes manteniendo su anonimato se opone a uno de los requisitos legales de la denuncia, cual es, precisamente, el de la identificación del denunciante³⁰.

4.- LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL DENUNCIADO

Como ya tuvimos ocasión de indicar, el legislador español procura blindar la protección del denunciante-testigo que tiene miedo a posibles represalias de diversa índole, pretendiendo el aseguramiento de su identidad frente a los denunciados (o, en su caso, posteriormente investigados o acusados). Pero precisamente ahí radica el problema que hemos apuntado al inicio de este análisis, cual es la posición de una cierta indefensión en la que se deja a la parte pasiva, pues, en el supuesto de que los hechos recogidos no fueran ciertos, el denunciado no tendría un mecanismo de reacción válido al no saber de quién procede esa información³¹. Nuestros tribunales han querido sortear las dificultades que planteaba en nuestro sistema procesal esta situación, no sólo desde la óptica de la entrada de la *notitia criminis* en el proceso, sino también por su -cuestionable- valor como fuente de prueba que puede dar origen a una investigación de la actividad presuntamente delictiva que se ha puesto de manifiesto.

²⁸ Este es el loable fin que el legislador dice perseguir y el informante materializar. Sin embargo, a nadie se le escapa que, detrás de dicha conducta, se puedan amparar otros intereses no tan cívicos (afán de venganza, reducción de una posible pena, etc.). En todo caso, no es finalidad del presente trabajo entrar en estas cuestiones.

²⁹ Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estos instrumentos que amparan al informante se basan en el reconocimiento de su derecho a la libertad de expresión e información consagrados en el art. 10 de la CEDH y en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

³⁰ A pesar de ello, el TS ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en más de una ocasión incluso antes de la aprobación de esta ley, sosteniendo la admisibilidad de la denuncia anónima cuando sirviera para revelar la comisión de hechos delictivos de especial trascendencia social y económica. SSTS 272/2020, de 6 de febrero y 318/2013, de 11 de abril.

³¹ Más grave aún, en el supuesto de que se hubieran iniciado actuaciones contra el denunciado.

En el caso de que se hubiera iniciado el proceso, se plantea la difícil cuestión de la valoración que se le podría dar a la información obtenida de forma anónima; es decir, ya no sólo como *notitia criminis* -que permitiría iniciar la investigación por el delito si superara el juicio de verosimilitud al que ya nos hemos referido-, sino del verdadero alcance probatorio de esa información, que, en nuestra opinión, debería ser muy limitado, salvo posterior ratificación en el juicio oral por parte del informante como prueba testifical. Pero precisamente esta posibilidad, que sería la que podría garantizar los derechos del justiciable, su derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva, así como la protección de otros principios como el principio de contradicción, de igualdad de armas..., es lo que no parece que se vaya a producir.

El art. 4 en su apartado 5º de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales* se detiene en esta cuestión, de modo que las declaraciones de los testigos protegidos en fase de instrucción (o, en su caso, los informes de los peritos) que hubiesen sido objeto de protección en aplicación de esta ley, una vez llegada la fase de enjuiciamiento, sólo podrán alcanzar valor probatorio y, por ende, sólo podrán servir para basar la sentencia que se llegare a dictar, si son ratificadas en el acto del juicio oral por quien las prestó según lo establecido en la propia LECrim. En el supuesto de que se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la LECrim, habrán de ser ratificadas mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidas a contradicción por las partes. De este modo la ley pretende garantizar ambos derechos: el de la protección del testigo y el derecho de defensa del encausado. La jurisprudencia ha sido reacia a darles valor de prueba al contenido de las confidencias anónimas³², considerando que atentaría contra el derecho fundamental al debido proceso con todas las garantías. Tan sólo de manera genérica tiene la persona denunciada ciertas salvaguardas procesales frente a una información que bien podría haber sido manipulada -aunque hubiese superado el juicio de verosimilitud inicial al que ya nos hemos referido-, arguyendo la plena vigencia de las garantías inherentes a su mejor defensa³³, y, en definitiva, de la presunción de inocencia.

El Consejo Judicial del Poder Judicial³⁴ ha sostenido que la información anónima sí se puede utilizar como medio de investigación, si bien, para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva y los principios de contradicción y de igualdad de armas, “surgirá la necesidad de revelación en el concreto contexto de un procedimiento penal en caso de que resulte preciso el empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo”³⁵.

³² Vid., STS de 26 de septiembre de 1997, 8 de marzo y, más recientemente, STS de 12 de abril de 2012. En sentido contrario, STS 224/2021, de 11 de marzo.

³³ Como, entre otras, el derecho de acceso al expediente.

³⁴ En su informe sobre el Anteproyecto de la ley 2/2023.

³⁵ Para ello el CGPJ se apoyaba en diversa jurisprudencia, como la STS 422/2020, de 23 de julio y la STC 64/1994, de 28 de febrero, entendiéndose que mantener el anonimato de los testigos podría vulnerar los antes citados derechos y principios procesales, de conformidad con los postulados del art. 6 del CEDH.

Siendo esto lo deseable, es evidente que resulta difícilmente compatible con la pretensión de asegurar el anonimato del informante y de proteger su identidad en el proceso penal. Ello requiere del legislador español que se replantee esta cuestión y le dé un tratamiento acorde, no sólo respecto de la ley 2/2023, sino de forma general con los derechos del sometido a un proceso penal sobre la base, al menos inicial, de una denuncia anónima, pues entendemos que las previsiones de la ley 19/1994 tampoco resultan suficientes en el actual contexto social.

5.- EL TESTIGO ANÓNIMO Y SU PROTECCIÓN EN LA FASE DE JUICIO ORAL. LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO.

5.1.- Planteamiento de la cuestión

Nos podemos encontrar ante diversos escenarios. En primer lugar, el anonimato de la denuncia y, por consiguiente, el desconocimiento de la identidad del denunciante, en cuyo caso es evidente que no sería posible que llegara a declarar como testigo en el acto del juicio -ni previamente-. Una segunda posibilidad sería la del denunciante identificado ante el juez de instrucción, pero que solicita, por miedo a represalias, que su identidad permanezca oculta. Y, en tercer lugar, que esta protección de sus datos personales se mantuviera hasta y durante la fase de enjuiciamiento.

Llegado el juicio oral, si fuera necesaria su declaración como testigo en aras de salvaguardar el derecho de defensa del acusado, aquél podría requerir de medidas de protección siempre que ello fuera posible conforme a ley (ocultar su identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo, eliminar cualquier referencia a sus datos personales o de cualquier otro que pueda permitir identificarlo, etc.³⁶).

En España, y como ya anticipamos, es la LO 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección a testigos y peritos en causas criminales* la que da cobertura legal a esta necesidad³⁷. Esta norma se ha visto completada con legislación sectorial y autonómica posterior³⁸,

³⁶ Convendría diferenciar entre testigo anónimo y testigo oculto. Sobre la base de la STC 64/1994, seguida por los AATC 270/1994, de 17 de octubre y 522/2005, de 20 de diciembre, podemos definir al testigo oculto como aquel testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado, pero respetándose la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos tanto para la defensa como para el órgano sentenciador. Este conocimiento permitiría compatibilizar las garantías de contradicción y del ejercicio real de la defensa en el proceso, cumpliéndose con las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del CEDH y del art. 24.2 de la CE.

³⁷ SEGÚN EL ART. 1.2. DE DICHA LEY, PARA QUE SEAN DE APLICACIÓN LAS DISPOSICIONES QUE RECOGE, 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.

³⁸ Las CCAA de Cataluña, Valenciana, Islas Baleares, Navarra, Aragón, Castilla y León, Principado de Asturias o Andalucía han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos o aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada.

para regular de manera expresa la protección del testigo en determinados supuestos³⁹. La ley del año 94 partía de la consideración de que las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la propia administración de justicia se podían deber, en ciertas ocasiones, al temor a revanchas, lo que, por ende, suponía carecer de relevantes testimonios en los procesos penales. Por dicho motivo el legislador quiso aprobar una ley que permitiera superar dicho obstáculo, ofreciendo al testigo (y al perito) una protección eficaz, salvaguardando el deber constitucional de los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia. De este modo, el artículo 4 de la ley 19/1994 permite al juez sentenciador, de manera motivada, mantener, modificar, ampliar -pero también suprimir-, las medidas de protección del testigo previamente adoptadas por el Juez de Instrucción, para preservar la identidad y datos personales del testigo⁴⁰.

El planteamiento que hacía el legislador partía, no del anonimato (al que aun así le dedicaba cierta atención), sino de conocer la identidad del denunciante, pero protegiéndola para su salvaguarda. Por ello el preámbulo de dicha ley hacía hincapié en la necesidad de buscar un balance entre las garantías del proceso penal, respetando sus principios, y la tutela de los derechos fundamentales de los testigos⁴¹, con la aprobación de un elenco de medidas complementarias de protección, como hemos visto.

En el caso del testigo protegido a quien se le permite mantener reservada su identidad frente al encausado, el propio TC⁴² ha considerado que se vulnera el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías cuando no se informa a los acusados de la identidad del testigo, aunque sí se hiciera tanto al tribunal como a los letrados de la defensa antes del juicio. Esta ocultación supone, a criterio del TC, una reducción inadmisibles de las posibilidades de ejercer una defensa real, “ante las escasas posibilidades para el contraste de la fiabilidad del declarante y falta de conocimiento de los términos de su declaración inculpativa para la preparación de la defensa y su sometimiento a debate contradictorio”.

³⁹ Dicha protección ya fue admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Vid., SSTEDH caso *Doorson c. Holanda*, de 26 de marzo de 1996; caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, 23 de abril de 1997; caso *Visser c. Holanda*, 14 de febrero de 2002; caso *Birutis y otros c. Lituania*, de 28 de marzo de 2002, y caso *Pesukic c. Suiza*, de 6 de diciembre de 2012.

⁴⁰ DE ESE MODO, EL JUEZ INSTRUCTOR POR MEDIO DE AUTO MOTIVADO, PUEDE ACORDAR QUE EN LAS DILIGENCIAS NO CONSTE CUALQUIER OTRO DATO QUE PUDIERA SERVIR PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TESTIGOS. A SU VEZ, CABE QUE LOS TESTIGOS PROTEGIDOS PUEDAN UTILIZAR CUALQUIER PROCEDIMIENTO QUE IMPOSIBILITE SU IDENTIFICACIÓN VISUAL NORMAL (EN CUYO CASO, COMO YA SE HA TENIDO OCASIÓN DE ACLARAR, HABLARÍAMOS DE TESTIGO OCULTO).

⁴¹ Vid., STEDH caso *Doorson c. Países Bajos* de 26 de marzo de 1996, en la que el tribunal se detiene en el análisis del artículo 6.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 6.3 (derecho a un proceso justo; declaración de testigos). La dificultad de conciliar ambos principios la pone de manifiesto ROSALES PEDRERO, S. M^º, “La protección de testigos en el proceso penal”, <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/06/Rosales-Pedrero.-Comunicaci%C3%B3n-2.pdf>.

ROSALES aborda la figura del testigo protegido a la luz de la LO 19/94, de 23 de diciembre y algunas de las complejas cuestiones que en su aplicación práctica genera, especialmente el intentar compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo con el derecho de defensa de los encausados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical.

⁴² STC 75/2013 de 8 de abril.

En similares términos se ha manifestado el TEDH⁴³, afirmando que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes”.

La STC 75/2013, de 8 de abril⁴⁴ entra en profundidad a tratar el difícil equilibrio entre la protección del testigo y los derechos del acusado⁴⁵. Tratándose de un testigo cuya identidad permanecía sin desvelar para los acusados y habiendo declarado aquél utilizando un distorsionador de voz y de manera que no pudiera ser visto, la defensa entendía que este testigo anónimo, que, además, pasó a ser testigo oculto, limitaba extraordinariamente las posibilidades de defensa de los acusados. Según el TC, el testigo anónimo y oculto, -por cuanto su identidad sólo era conocida por los abogados y por los miembros del tribunal-, conllevaba una disminución de las garantías procesales del sometido a un proceso penal. Ello se debe, entre otros motivos, a que los letrados de la defensa no tienen por qué conocer al testigo, ni, por tanto, las posibles tachas de objetividad, ni su relación con los acusados, o si puede existir enemistad o circunstancias que revelaran la posible animadversión hacia ellos, “o cualquier tipo de hostilidad con los mismos”.

El mero hecho de dar a conocer a los abogados del encausado la identidad del testigo, pero no a sus representados constituía, a juicio del TC, un “subterfugio” para salvar las exigencias constitucionales, pues se había producido una evidente limitación del derecho de defensa de los acusados. Que la restricción de derechos de los encausados se hubiese basado en una decisión fundada y suficientemente motivada, no evitaba la merma del derecho a un proceso con todas las garantías. La ponderación que hizo el tribunal sentenciador de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en el testigo en relación con el proceso penal estaban suficientemente razonadas, pero ello no podía impedir el hecho indiscutible de que se estaba privando a la defensa de ciertas armas procesales de defensa de incuestionable trascendencia, pues el testimonio constituye

⁴³ SSTEDH caso *Kostoc.ki c. Holanda*, de 20 de noviembre de 1989, y caso *Windisch c. Austria*, de 27 de septiembre de 1990.

⁴⁴ Vid., a su vez, los precedentes sentados en las SSTC 64/1994, de 28 de febrero y 155/2009, de 25 de junio. Es de destacar que no es abundante la jurisprudencia sobre esta materia en nuestro país.

⁴⁵ En este caso, en una comparecencia inmediatamente previa a la celebración de la vista y ante el temor manifestado por el testigo principal – un policía nacional, ante un delito de enaltecimiento del terrorismo-, el tribunal sentenciador, quien conocía la identidad del mismo así como su profesión, tras oír a las partes, acordó que su identidad sólo se diera a conocer a los letrados defensores, pero no a los acusados, debiendo los abogados mantener reserva absoluta sobre la identidad de los testigos. Además, se acordó que declararan con un mecanismo de distorsión de la voz y sin que pudiera ser visto por las defensas ni por los acusados. Es de destacar que el testigo, tras la presentación de la denuncia ante la policía, no fue llamado a declarar ante el Juez de Instrucción, declaración que, siquiera parcialmente, habría podido compensar el déficit de defensa si se hubiera convocado a la misma a los acusados —aun ocultando visualmente al testigo—, pues habrían podido conocer con antelación los términos de su declaración inculpativa y someterla a un primer debate contradictorio.

una prueba de cargo de especial relevancia que, sin embargo, no se hubiera producido si se hubiese revelado su identidad a los acusados.

Desvelar la identidad del testigo tan sólo a los letrados de la defensa, “no repone la totalidad del derecho de defensa”, entendiendo el órgano sentenciador que, aun así, en cierto modo servía para “compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio”.

Por ello, sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, del respeto a los principios de contradicción e inmediación, y, en definitiva, del derecho a la presunción de inocencia, el TC entendía que era necesario reconocer el amparo al recurrente, pues la ocultación de la identidad del testigo “hurta a los acusados el ejercicio de su derecho a la última palabra, al no poder poner en cuestión la fiabilidad o credibilidad del testimonio” y haberse fundado la condena exclusivamente sobre la base de la declaración del testigo anónimo⁴⁶.

5.2.- El equilibrio entre derechos contrapuestos

Surge así la necesidad de aclarar cuáles han de ser los requisitos que deben concurrir para respetar la protección de testigos salvaguardando el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado en el proceso penal. Para ello debemos recurrir, nuevamente, a la difícil búsqueda del pertinente balance entre dos intereses contrapuestos. Por un lado, el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías, que exigen que los medios de defensa de los que se quiera hacer valer el acusado se practiquen en el desarrollo del juicio oral conforme a los principios y a las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación. Por otro lado -y esto sería la excepción a lo anterior-, cuando fuera pertinente, por las circunstancias del caso y el miedo a represalias hacia el testigo, permitir la modulación de la observancia de los derechos, garantías y principios aludidos que pueda proteger eficazmente al testigo y asegurarse su testimonio en la vista⁴⁷.

La Exposición de Motivos de la ley 19/1994 incide en esta cuestión, afirmando que las garantías a los testigos (y a los peritos) no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, debiéndose respetar en todo caso los principios del proceso penal. Es por ello necesario hacer posible el equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías

⁴⁶ Aunque se hubiesen adoptado los mecanismos adecuados para compensar ese déficit de la defensa, la condena no puede basarse única o principalmente en la declaración de un testigo anónimo, como reiteradamente ha sostenido el TEDH y como se verá más adelante.

⁴⁷ SSTC 31/1981, de 28 de julio; 206/2003, de 1 de diciembre; 134/2010, de 3 de diciembre, y 174/2011, de 7 de noviembre.

y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos⁴⁸, ponderando los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Estos supuestos de excepción deben hallarse debidamente justificados y motivados en atención a esos fines legítimos, si bien avalando el debido ejercicio de la defensa contradictoria. Así se manifiesta la STC 174/2011, de 7 de noviembre, al afirmar que hay que atender a la presencia de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado, por lo que conviene flexibilizar la forma de prestar declaración “e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado”⁴⁹, y se disponga de otra prueba de cargo bastante.

Esta doctrina constitucional es acorde con la emitida por el TEDH⁵⁰, según la cual “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda *exclusivamente* o de *forma decisiva* –la cursiva es nuestra– en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”. Por ello debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad”.

6.- CONCLUSIÓN

La paulatina admisión de las denuncias anónimas evidencia el interés general en perseguir toda actividad delictiva. Sabido es que los criterios al respecto se han ido flexibilizando, para fomentar la puesta en conocimiento de los hechos delictivos y, en consecuencia, su investigación y persecución.

⁴⁸ Y peritos y a sus familiares.

⁴⁹ Desde la STC 80/1986, de 17 de junio, como recoge el propio TC en la propia STC 174/2011, el máximo intérprete constitucional ha permitido “la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como (...) declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción”. En similar sentido, vid. SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, y 68/2010, de 18 de octubre.

Esta jurisprudencia es concordante con la dictada por el TEDH cuando ha afirmado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del CEDH. Para ello deben concurrir “una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado”. En definitiva, se permite dicha posibilidad, pero sin que ello pueda suponer merma del derecho de defensa, que se produciría si no se permitiera a la defensa la posibilidad real de rebatir el testimonio de cargo, interrogando al testigo, ya sea en el momento de depositar su testimonio o en un momento posterior. Vid., SSTEDH caso *Kostoc.ki c. Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, 23 de abril de 1997, y caso *Hümmer c. Alemania*, 19 de julio de 2012.

⁵⁰ SSTEDH caso *Lucà c. Italia*, de 27 de febrero de 2001; caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, 15 de diciembre de 2011, y caso *Gani c. España*, 19 de febrero de 2013.

Resulta evidente la dificultad de encontrar el equilibrio necesario entre la necesidad de proteger al denunciante-testigo anónimo y amparar el derecho de defensa de los sometidos a un proceso penal. Compaginar ambos intereses no es tarea sencilla, por lo que se precisa de pautas de actuación en estos supuestos, pautas que nuestra ley omite. Mientras el legislador no regule esta materia de manera adecuada, los tribunales deberán adoptar cuantas precauciones resulten necesarias para el respeto de un proceso equitativo contrapesando los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo que ha permanecido en el anonimato en el juicio oral, procurando a su vez las pertinentes medidas de protección de estos testigos que colaboran con la administración de justicia. No proteger a estos últimos puede constituir, sin duda, un motivo más que suficiente para desanimar a que sigan compartiendo su conocimiento, ante el temor de amenazas, represalias para ellos mismos o personas de su entorno, etc.

La introducción de medidas legales de protección se debe hacer desde el mismo momento en que se presenta la denuncia evidenciando la ocultación de la identidad ese temor al que hemos aludido. Recordemos que ese informante después podrá ser un testigo de cargo de especial relevancia en el juicio oral, por lo que, de trascender su identidad, las medidas de protección se deben extender, de forma real y efectiva, hasta incluso después de la sentencia.

Para evitar la minoración defensiva que supone erigir en prueba de cargo la declaración en la fase de enjuiciamiento del testigo cuya identidad se ha preservado, se deben cumplir, al menos, tres requisitos, a saber: a) que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada que haya ponderado razonablemente los intereses en conflicto; b) que la merma en el derecho de defensa que genera el anonimato en el acusado se haya podido compensar con otras que hayan permitido al acusado rebatir la fiabilidad y credibilidad del testimonio prestado por el testigo anónimo, y c) que la declaración de este último no constituyera la única prueba de cargo, sino que formara parte de un elenco de pruebas suficiente, no siendo válida, por sí misma, para enervar la presunción de inocencia.

A nuestro juicio compleja la relación entre la necesidad, por un lado, de ratificación en el juicio oral por parte del testigo anónimo y, por otro, de preservar su identidad, no ha sido suficientemente desarrollada, a pesar de la relevancia de asegurar las posibilidades del acusado de contrastar el testimonio del testigo protegido y, por ende, de poder cuestionar su virtualidad como medio de prueba apta para enervar la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Sin duda, la aprobación de la ley 2/2023, admitiendo las denuncias anónimas para trasladar la información de ciertos delitos graves con una especial repercusión en el ámbito económico y que afectan al conjunto de la ciudadanía, ha supuesto un aliciente para los informantes que ven salvaguardada su identidad. Hubiese sido conveniente que el legislador asegurara, a su vez, la protección de la persona denunciada, su derecho a la defensa y el de la tutela judicial efectiva. Pues si bien investigar los hechos

denunciados sin necesidad de conocer a quien los transmite puede animar a la persecución de cierta tipología delictiva, alcanzar el juicio oral manteniéndose ese desconocimiento de la identidad del denunciante puede suponer una merma de los instrumentos de defensa del ya acusado. No obstante, el anonimato del testigo y el uso de sus declaraciones para fundamentar una sentencia de condena no ha de entenderse contrario en todo caso a las garantías constitucionales y a los derechos derivados del CEDH, siempre que se base en una adecuada ponderación de los derechos de ambas partes procesales.

Sopesar debidamente los intereses en conflicto en supuestos como los apuntados requiere de un extenso estudio doctrinal y jurisprudencial, que permita conjugar aquéllos, cohonestando la protección del denunciante/testigo anónimo con las garantías derivadas del derecho de defensa de los sometidos a un proceso penal.

Referencias

ALIAGA RODRÍGUEZ, R., “La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes”. *Revista Española de la Transparencia* Núm. 14. Primer semestre. Enero-junio de 2022.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario LA LEY*, núm. 8153, de 20 de septiembre de 2013.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2012.

MAGRO SERVET, V., “Denuncia anónima, el confidente, el canal de denuncias y la Ley 2/2023 de 20 de febrero de protección del «alertador» ante la corrupción”. *Diario La Ley*, Nº 10239, 2 de marzo de 2023.

MERCADER UGUINA, J.R., “La protección de alertadores, informantes o denunciante una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre”. Ed. Trabajo y Derecho, *La Ley*, Nº 64. Madrid, abril 2020.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”. *Diario La Ley*, Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal”. En la obra colectiva, *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Coord. DIEZ PICAZO, I., VEGAS TORRES, J. y DE LA OLIVA, A. (hom.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. 2. Madrid, 2016.



VALVERDE MEGÍAS, R., “Canales de información y protección los informadores en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”. *Revista del Ministerio Fiscal*. Nº 12. Madrid, 2023.