

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**4895** *Sala Primera. Sentencia 75/2013, de 8 de abril de 2013. Recurso de amparo 1771-2011. Promovido por don Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena en relación con la Sentencia de la Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que les condenó por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena fundada únicamente en un testimonio anónimo cuya fiabilidad no tuvieron oportunidad de contrastar los acusados (STC 174/2011).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Manuel Aragón Reyes, doña Adela Asua Batarrita, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1771-2011, promovido por don Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena, representados por el Procurador de los Tribunales don José Javier Cuevas Rivas y asistidos por la Letrado don Mikel Elorza Solís, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2010, dictada en procedimiento abreviado núm. 7-2010 procedente de diligencias previas núm. 269-2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, que condena a los recurrentes por delito de enaltecimiento del terrorismo, y contra el Auto dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010 en el recurso de casación núm. 2084-2010, que inadmite el recurso interpuesto y confirma la condena. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 23 de marzo de 2011, don José Javier Cuevas Rivas, Procurador de los Tribunales, en representación de don Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2010 condenó a los recurrentes como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo a la pena de un año de prisión y a inhabilitación absoluta por tiempo de siete años. Los hechos declarados probados relatan que durante una manifestación autorizada desarrollada en una localidad de Guipúzcoa, los acusados, con evidente difusión pública, profirieron gritos ensalzando a la banda terrorista ETA, pudiendo ser oídos por cualquier participante en la manifestación y por cualquier peatón ajeno al acto.

La condena se fundó en las declaraciones de dos testigos a quienes, mediante Auto de 12 de enero de 2010 dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, se les

atribuyó la condición de protegidos en aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Se manifiesta en la Sentencia que los hechos «quedaron acreditados por la declaración de los testigos protegidos n.º 50875 y 50874. ... El primero de esos testigos, policía local encargado de custodiar la manifestación, declaró que efectivamente oyó, provenientes de dos o tres personas por lo menos en dos ocasiones a lo largo de la manifestación, proferir gritos con expresiones tales como “Gora ETA militar” ... El segundo de los testigos, que a su vez denunció los hechos ante la Policía Autonómica, refiere que escuchó los gritos con el contenido ya referenciado, y que igual que lo que escuchó él mismo, lo habría podido escuchar cualquiera; además, declara que vio proferir personalmente tales gritos a los acusados, reconociéndolos como los autores de tales expresiones». Por lo que respecta a la concreta participación de los acusados, argumenta el Tribunal sentenciador que «el testigo n.º 50874 así lo declara, convirtiéndose en prueba de cargo, junto con la declaración del otro testigo; ambos coinciden en el hecho de que efectivamente se vertieron tales expresiones, y el primero de los mismos los identifica plenamente al conocerlos; en este sentido, resulta patente la contradicción en la que incurren entre sí los acusados y los testigos, puesto que todos declaran que en sus respectivas zonas de la manifestación no se profirió grito alguno, lo cual no se concilia con las declaraciones de los testigos protegidos. Los gritos proferidos deberían haberse forzosamente oído en alguna de las zonas de la manifestación. Por ello se entiende plenamente acreditada la participación de los acusados en los hechos denunciados, y así mismo ser los autores de tales expresiones.»

b) En una comparecencia inmediatamente previa a la celebración del juicio oral y ante el temor manifestado por uno de los testigos –quien tenía asignado el núm. 50.874– a sufrir represalias, el Tribunal sentenciador, tras oír a las partes, acordó que su identidad solo fuera puesta en conocimiento de los Letrados defensores, debiendo estos guardar secreto sobre la misma. Además, se acordó que declarara con un mecanismo distorsionador de la voz, y que no fuera visto por las defensas ni los acusados. En la transcripción del acta del juicio oral se recoge con los siguientes términos:

«El Ilmo. Presidente comunica que el siguiente testigo ha hecho comparecencia en Secretaría, manifiesta los temores que tiene a lo que pueda suceder consecuencia de amenazas recibidas en el pasado y que pueda recibir en el futuro en caso de que su identidad sea revelada. Salvo la Sala y el M. Fiscal, no se conoce esta persona, ni el nombre, ni de quien se trata, la Sala está en la idea de que la declaración sea en calidad de testigo anónimo, entiende hay base suficiente. Se entiende se ha producido un salto cualitativo de gran importancia...

La defensa de H. Garatxotenea indica que su interrogatorio queda limitado. Muy diferente es aun cuando no conozca quien es el testigo en un momento determinado se puede saber la identidad a los efectos de enemistad, muchos datos limitan el derecho de defensa. Se opondrá.

La defensa de A. Labiano comparte lo manifestado por su compañera, entiende afecta a la credibilidad subjetiva del testigo y limita el derecho de defensa...

La Sala toma la siguiente resolución: se ha extraído la documentación donde se identifica el nombre de la persona a declarar, es pieza reservada y secreta, se pone en conocimiento de las Defensas con el correspondiente deber de secreto que lleva aparejado. Entiende es la manera de compatibilizar el derecho de defensa y que las Defensas conozcan al testigo.

Se muestra la pieza a las defensas.

Se informe se hace uso de un distorsionador de voz y su imagen no es vista. Se pasa de condición de testigo anónimo a oculto.»

c) Con relación al testigo protegido núm. 50.874, argumenta la Sentencia de la Audiencia Nacional lo siguiente: «En el caso de autos nos encontramos ante un tipo de testigo cuyo testimonio se encuentra a caballo entre estas dos categorías, de tal suerte que si bien comparte con las notas del testigo anónimo, que no es conocido por los

acusados, se puede considerar oculto, en tanto en cuanto su identidad sí era conocida por los abogados; es cierto que éstos no tienen por qué conocer al testigo, y cuáles son sus posibles tachas de objetividad, su relación con los acusados, si puede existir animadversión o cualquier tipo de hostilidad con los mismos: Por ello no pueden en principio valorar su relación con el objeto del procedimiento, y ello limita el derecho de defensa; ahora bien, en primer lugar nos encontramos con que la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, ha sido determinado con una decisión motivada y explicada en el acto del juicio oral, hasta el punto de que por una de las defensas, se reconoce que existen razones para el anonimato del testigo, y que el testimonio ha sido introducido de forma correcta en el acto del juicio oral, si bien, aun así, denuncia la limitación de su derecho de defensa. En segundo lugar, por parte de la Sala se ha producido una previa ponderación 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. La Sala pudo comprobar personalmente el estado de desazón y de miedo del testigo, así como el riesgo objetivo que corría, y no tanto por las represalias de los acusados, sino por las que puedan proceder del entorno violento que genera la propia existencia de la Banda Terrorista ETA, y aquellos que la apoyan directa o directamente. Se trata de un testigo que no sólo acude a un acto de un juicio oral a declarar sobre quienes fueron los que profirieron los gritos de apoyo a ETA, sino que, además, fue quien se atrevió a denunciar estos hechos ante la Policía Autónoma Vasca; es objetivo y real el riesgo que asume. Por otro lado, no cabe duda de que su testimonio es una prueba de cargo importante, que ante la categoría de un testigo anónimo la convertiría en ineficaz; pero en este caso, el hecho de revelar la identidad del testigo a los abogados defensores, si bien no repone la totalidad del derecho de defensa, lo sitúa en un lugar compatible con mantener el necesario anonimato del testigo para los acusados y el público asistente al acto del juicio oral; por ello, el Tribunal, aun entendiendo que no está ante una tema de exenta dificultad, cree que se ha compatibilizado la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen 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.»

d) El recurso de casación formulado por los demandantes de amparo, fundado en motivos de impugnación ahora reiterados en amparo, fue desestimado por Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010.

3. La demanda de amparo se funda en los siguientes motivos. En primer lugar, estiman los recurrentes vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a ser informados de la acusación (art. 24.2 CE), en que habría incurrido la Audiencia Nacional por haber fundado la condena en hechos distintos a aquellos por los que se había incoado la causa penal y de los que partió todo el desarrollo de la investigación de los hechos. Así, mientras todas las diligencias judiciales practicadas en la fase de instrucción y, en particular, el Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, venían referidos a hechos cometidos el día 27 de septiembre de 2009, sin embargo el Ministerio fiscal introdujo sorpresivamente en su escrito de acusación un relato de hechos acontecidos el día 26 de septiembre de 2009, condenando finalmente la Sentencia impugnada por hechos datados en dicha fecha.

El segundo motivo de amparo se sostiene sobre la alegada vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse fundado la condena sobre la declaración de un testigo anónimo. Manifiestan los demandantes que no se han cumplido las exigencias impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por cuanto al no proporcionar el Tribunal la identidad del declarante –testigo con núm. 50.874– ha impedido examinar la fiabilidad de su testimonio, estando además ante una declaración que ha resultado decisiva para la condena. Concretamente, la Sentencia basa la condena en la

declaración de un testigo cuya filiación fue facilitada únicamente a la defensa de los recurrentes en el último momento, información que no puede servir para garantizar las posibilidades de defensa y contradicción. A ello añaden que 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, debiendo tenerse en cuenta, además, que su declaración se llevó a cabo sin que la defensa pudiera verlo ni oír debidamente su voz, pues había sido distorsionada.

A partir de lo denunciado en el motivo anterior, la tercera queja en que se sustenta la demanda denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haberse fundado la condena por delito de enaltecimiento del terrorismo exclusivamente sobre la base de la declaración de un testigo anónimo.

4. La Sala Primera de este Tribunal, por providencia de 16 de abril de 2012, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), constando ya las actuaciones correspondientes, acordó el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

Igualmente se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se dictó por la Sala Primera de este Tribunal el Auto 102/2012, de 21 de mayo, acordando denegar la suspensión solicitada.

5. Mediante diligencia de ordenación de 31 de julio de 2012 se otorgó, conforme al art. 52.1 LOTC, un plazo común de veinte días a las partes para que alegaran lo que estimaran oportuno.

6. La representación procesal del demandante de amparo presentó su escrito de alegaciones el 3 de octubre de 2012 reiterando en términos resumidos las alegaciones en que basaba su demanda de amparo, solicitando su estimación.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 16 de octubre de 2012, interesó el otorgamiento del amparo. Por lo que respecta al primer motivo de amparo, sostenido sobre el principio acusatorio, considera, de una parte, que no cumple con el requisito procesal de admisibilidad recogido en el art. 44.1 c) LOTC, al no haber invocado la vulneración que ahora se plantea en el primer momento procesal oportuno, ante el órgano judicial de primera instancia al comienzo del juicio oral y como cuestión previa. De otra parte, considera en cualquier caso que la queja carece de fundamento y debe ser, por ello, desestimada, pues la doctrina constitucional sitúa la fijación de los hechos, a efectos de su congruencia con el fallo, en las conclusiones definitivas, y en el presente caso el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal, ya en las provisionales presentadas con anterioridad a la apertura del juicio, concretaban la acusación en los hechos realizados el día 26 de septiembre de 2009; constituyendo, por lo demás, la modificación de la fecha en escritos previos del órgano judicial un mero error sin mayor trascendencia.

Los dos restantes motivos de amparo deberían ser, a juicio del Ministerio Fiscal, atendidos por este Tribunal, acordando la estimación del recurso por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. En esencia, considera que la condena se ha sostenido en la declaración de un testigo frente a la que, por su anonimato, no han podido defenderse los recurrentes, al no haber podido confrontar su fiabilidad. Tras recoger con amplitud la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y señalar como antecedente próximo la STC 64/1994, de 28 de febrero, argumenta que si bien la protección asignada al testigo con número 50.874 –que declaró oculto a las partes y al tribunal y con la voz distorsionada, y sin que se conociera por los acusados la identidad– estaba justificada, no se garantizó en modo suficiente las posibilidades de ejercicio de la defensa, pues al no desvelar la identidad del testigo a los acusados, se les impidió someter a la debida contradicción la fiabilidad de lo declarado a partir de las relaciones personales que pudieran existir entre estos y aquel. Manifiesta, en este sentido, que los ahora recurrentes carecieron de la información que les hubiera

permitido articular una contraprueba sobre las relaciones del testigo con los acusados. Frente a las consideraciones del órgano judicial, entiende que la comunicación de la identidad del testigo únicamente a los Abogados de los acusados y en el momento inmediatamente previo al inicio del juicio oral no constituye una medida suficiente para asegurar las posibilidades de defensa de los demandantes de amparo, calificando el Ministerio Fiscal tal proceder como un «subterfugio» para aparentemente salvar las exigencias impuestas por la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Concluye por ello que nos hallamos ante un testigo anónimo para los acusados, no pudiendo, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundarse una condena con su testimonio. Por tal razón, y estando ante una prueba decisiva, considera también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

8. Por providencia de 5 de abril de 2013, se señaló para deliberación y votación de la Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Se dirige el presente recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2010, que condenó a los demandantes como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo, y contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010, que confirmó la condena. En la demanda se consideran vulneradas las garantías asociadas al principio acusatorio (art. 24.2 CE) por no ser congruente el fallo con los términos de la acusación, así como los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haberse fundado la condena en la declaración de un testigo protegido cuya identidad no fue proporcionada a los acusados por el órgano judicial, mermándose con ello sus posibilidades de contrastar la fiabilidad del testimonio. El Ministerio Fiscal apoya esta última pretensión, solicitando el otorgamiento del amparo por vulneración de los citados derechos fundamentales.

2. La demanda de amparo sometida a nuestro enjuiciamiento plantea, como cuestión nuclear, la relevancia constitucional de la figura del testigo protegido, en lo que atañe a las posibilidades del acusado de contrastar la fiabilidad de su testimonio y, con ello, a su virtualidad como medio de prueba para enervar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Tal cuestión y, en particular, la variante del testigo anónimo –que, como después expondremos, es la que se plantea en el presente caso– apenas ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por este Tribunal, lo que permite afirmar su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

Antes de ocuparnos de dicha pretensión impugnatoria, procederemos no obstante a dar respuesta al primer motivo de amparo; respuesta que, cabe anticiparlo ya, ha de ser desestimatoria. Tal como hemos reiterado, «la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden» (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4). El derecho fundamental pretende, así, garantizar que la Sentencia finalmente dictada no se haya fundado en hechos y preceptos frente a los que el condenado no hubiera podido ejercer su defensa contradictoria; en este sentido,

la íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 y 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2). Es esta la razón por la que el Tribunal ha venido reiterando que el instrumento procesal esencial para la fijación de los términos de la acusación en el proceso es el escrito de conclusiones definitivas (SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 183/2005, de 4 de julio, FJ 4), dado que estas habrán de ser producto de lo debatido en el acto del juicio oral.

La sucinta exposición de nuestra doctrina sobre el principio acusatorio constituye base suficiente para, de una parte, descartar la propuesta del Ministerio Fiscal de inadmitir de la presente queja por su falta de invocación temprana [art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]; y, de otra, para rechazar que en el presente caso se haya producido la vulneración denunciada. Procede descartar la concurrencia del citado óbice procesal porque, con independencia de que los demandantes pretendan fundamentar la lesión del derecho en la incorrecta datación de los hechos efectuada en el Auto de transformación en procedimiento abreviado, si lo que se aspira a garantizar es la congruencia entre la acusación y el fallo solo podrá afirmarse la vulneración del derecho fundamental una vez recaída Sentencia condenatoria, siendo, en consecuencia, el primer momento procesal adecuado para su invocación el recurso contra la misma. Y procede, en todo caso, desestimar este primer motivo de amparo porque, más allá de la absoluta irrelevancia constitucional del citado error –siendo indubitado desde las primeras actuaciones procesales que los hechos se referían al día en que tuvo lugar la manifestación donde se profirieron los gritos a favor de ETA–, la fecha establecida tanto en las conclusiones provisionales como definitivas del Ministerio Fiscal es plenamente coincidente con la que finalmente reflejaron los hechos probados en la Sentencia condenatoria.

3. Estamos ya en disposición de abordar los motivos de amparo que constituyen el núcleo central de la demanda, atinente, como se ha anticipado, a la figura del testigo protegido y a los requisitos que debe revestir su utilización en el proceso penal para asegurar el derecho del acusado a un proceso equitativo y para erigirse en prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia. Como paso previo de nuestro análisis, será procedente recordar los hechos en que los demandantes apoyan su pretensión impugnatoria. Tal como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado Central de Instrucción estableció la condición de testigos protegidos a dos personas que después declararon en el juicio oral, asignándoles los números de identificación 50.874 y 50.875. Con posterioridad, ya en acto de la vista oral, ante el temor a represalias manifestado por el primero de los testigos citados –sobre cuya declaración se proyectan las dudas desde las garantías constitucionales– la Sala acordó, por una parte, que su identidad únicamente se proporcionara a los Letrados defensores, pero no a los acusados, y, de otra, que dicho testigo declarara de manera oculta tanto para los Letrados como para los acusados, y que su voz fuera distorsionada para evitar su reconocimiento.

Importa destacar además, a los efectos de delimitar el objeto de nuestro análisis, que la queja formulada por los demandantes de amparo no pone en cuestión la corrección intrínseca de la decisión de asignar tales medidas de protección a los testigos, sino que se circunscribe al hecho de que con el alcance de la protección otorgada al testigo con núm. 50.874 se ha imposibilitado el ejercicio de la defensa. Concretamente, denuncian que el anonimato del testigo ha impedido evaluar la fiabilidad de su testimonio, al desconocer si pudieran concurrir relaciones personales, u otras circunstancias, que revelaran la posible existencia de animadversión o enemistad hacia ellos, o si, en definitiva, existieran razones para dudar de la veracidad de lo declarado. El Ministerio Fiscal apoya tal pretensión, por considerar que la fórmula adoptada por el órgano judicial

para contrarrestar las limitaciones en el ejercicio de la defensa, consistente en proporcionar los datos personales del testigo únicamente a los letrados defensores, resulta insuficiente a tal fin.

En el acervo doctrinal de este Tribunal, la figura del testigo protegido ha sido objeto de análisis únicamente en la STC 64/1994, de 28 de febrero, cuyas conclusiones fueron después recogidas por los AATC 270/1994, de 17 de octubre, y 522/2005, de 20 de diciembre. En dicha Sentencia nos ocupamos de un supuesto de testigo «oculto» –esto es, testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado–, ponderando su compatibilidad con las garantías de contradicción y de ejercicio real de la defensa en el proceso, derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –sobre la que a continuación habremos de referirnos más detenidamente–, manifestamos entonces que en los casos en que «el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de “oculto” (entendiendo por tal aquél que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos –tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución» (FJ 3). Junto a ello, advertimos además, con carácter de *obiter dictum*, que con arreglo al Tribunal de Estrasburgo 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» (FJ 3).

4. Tal como el mismo órgano judicial pone de relieve en la resolución impugnada, la protección dispensada al testigo núm. 50.874, sobre cuyo testimonio se proyecta la controversia planteada, contiene elementos tanto de la figura del testigo oculto –como se desprende del acta del juicio oral, declaró sin ser visto por los recurrentes y con la voz distorsionada– como del testigo anónimo, en la medida en que su identidad únicamente fue revelada a los letrados defensores, pero no a los acusados, debiendo aquéllos guardar reserva al respecto. Debemos, en consecuencia, profundizar en los requisitos necesarios para cohonestar la protección de testigos con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del acusado en el proceso penal, fijando nuestra atención en la legitimidad y límites de la figura del testigo anónimo.

A este respecto, hemos de partir de que, si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, «dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular 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» (FJ 3).

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a

contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado 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 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*, § 41; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, § 51 y 19 de julio de 2012, caso *Hümmer c. Alemania*, § 38); advirtiendo en todo caso que «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 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» (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Lucà c. Italia*, § 40; 15 de diciembre de 2011, caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso *Gani c. España*, § 38).

En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso *P.S. c. Alemania*; 2 de julio de 2002, caso *S.N. c. Suecia*; o de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. c. Finlandia*), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos «la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal» (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad «de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral» (FJ 3), y que pasarían por ofrecer «una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual», y por «tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior» (STC 174/2011, citando el caso *A.S. c. Finlandia*, § 56).

5. Semejantes presupuestos son los que habrán de presidir la ponderación entre las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras un ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar, SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso *Doorson c. Holanda*, § 70; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*,



§ 53; 14 de febrero de 2002, caso *Visser c. Holanda*, § 53 y de 6 de diciembre de 2012, caso *Pesukic c. Suiza*, § 45). A esa finalidad responde la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su exposición de motivos, recogiendo la necesidad de cohonestar tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener «el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares».

Con relación al anonimato del testigo, como uno de tales instrumentos de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre ha de entenderse contrario al Convenio, pero no debe soslayarse el hecho de que ante una acusación fundada en testimonios anónimos la defensa se ve enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento penal (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso *Doorson c. Holanda*, § 69; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, § 52 y de 28 de marzo de 2002, caso *Birutis y otros c. Lituania*, § 29). A este respecto, sostiene el Tribunal europeo que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que se dirigen contra él requiere «que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad» (SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, § 127 y de 19 de julio de 2012, caso *Hümmer c. Alemania*, § 38). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto 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» (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 28).

Por tal razón, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere que los déficits de defensa a que se ve enfrentado el acusado sean compensados a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso *Doorson c. Holanda*, § 72; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, § 54 y de 28 de marzo de 2002, caso *Birutis y otros c. Lituania*, § 29. Con carácter general, SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, § 147; 6 de diciembre de 2012, caso *Pesukic c. Suiza*, § 45 y de 19 de febrero de 2013, caso *Gani c. España*, § 41). Además, y en todo caso, «incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de ‘equilibrio’ adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos» (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso *Doorson c. Holanda*, § 76; 14 de febrero de 2002, caso *Visser c. Holanda*, § 55 y de 6 de diciembre de 2012, caso *Pesukic c. Suiza*, § 45).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos –no cuestionado en la presente demanda– que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

6. Trasladados al supuesto que nos corresponde enjuiciar, la aplicación de tales criterios conduce al otorgamiento del amparo, por cuanto, de una parte, no se ofrecieron al acusado vías alternativas para, en modo suficiente, evaluar la fiabilidad del testimonio anónimo y, de otra, tal testimonio fue decisivo para fundar la condena de los demandantes.

a) Frente a lo manifestado por el órgano judicial, proporcionar la información de la identidad del testigo a los Letrados defensores no constituye un remedio adecuado y suficiente para soslayar o reequilibrar el déficit de defensa de los acusados. Varias razones avalan esa conclusión. En primer lugar, el enjuiciamiento de su fiabilidad, referido a si el testimonio incriminatorio pudiera venir fundado en un error o en razones de animadversión personal, no depende tanto de las relaciones que el testigo hubiera de tener con los Letrados defensores como de las que mantenga con los propios acusados. Careciendo éstos de dicha información y no pudiendo facilitarla los Letrados ni, por ello, utilizarla en el debate contradictorio, ese levantamiento «parcial» del anonimato en nada compensa realmente la reducción de las posibilidades de defensa de los sometidos al proceso penal. En segundo lugar, la información sobre la identidad del testigo se proporcionó a los Letrados en el momento inmediatamente anterior al inicio del juicio oral, por lo que las escasas posibilidades que se hubieran abierto para el contraste de la fiabilidad del declarante quedan prácticamente anuladas, al carecer de margen temporal para efectuar las pesquisas pertinentes que pudieran haber facilitado la preparación de la defensa a partir de dicha información. A ello debe añadirse, en tercer lugar, 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 incriminatoria y someterla a un primer debate contradictorio. En cuarto lugar, al anonimato del testigo se unió su ocultamiento tanto visual como auditivo, lo que sin duda contribuyó a reducir las posibilidades de defensa.

Este Tribunal debe ahora establecer si las legítimas necesidades de protección del testigo han llegado a mermar el ejercicio de la defensa del acusado de modo incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). A la luz de las circunstancias del presente caso, no podemos sino llegar a esa conclusión.

b) Si la exigencia de introducir contrapesos suficientes a favor de la defensa del acusado se incardina en el derecho a un proceso con todas las garantías –derecho que resulta vulnerado cuando el acervo probatorio se conforma a partir de un testimonio anónimo sin atención a tales medidas–, el hecho de que el referido testimonio constituya la prueba única o decisiva en que se haya fundado la condena supondrá, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) puesto que, como hemos reiterado, el derecho a la presunción de inocencia proscribire, entre otros aspectos, que la condena se haya sustentado en una actividad probatoria carente de las debidas garantías (por todas, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y 126/2011, de 18 de julio, FJ 21). En el presente caso, resulta indudable que la declaración del testigo protegido núm. 50.874 ha resultado decisiva para fundar la condena, puesto que sólo a partir de lo declarado por él ha podido atribuirse a los acusados los gritos a favor de la banda terrorista. En efecto, como se desprende de la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada, el otro testigo protegido (con núm. 50.875) declaró haber oído que se proferían expresiones de esa índole en diversos momentos de la manifestación, pero no imputó las mismas a los acusados, fundándose la autoría del delito exclusivamente en la declaración del primero de ellos. Procede, en consecuencia, declarar igualmente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), con la consiguiente anulación de las Sentencias recurridas.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena, y, en consecuencia:

1.º Reconocer sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2010, dictada en el procedimiento abreviado núm. 7-2010, así como del Auto dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010, recaído en el recurso de casación núm. 2084-2010.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de abril de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Adela Asua Batarrita.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.