

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO VÍCTIMA EN LA LO 19/1994 DE 23 DE DICIEMBRE DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 25 DE OCTUBRE DE 2012

Juan Burgos Ladrón de Guevara

RESUMEN: El autor pone de manifiesto la ineficacia práctica de la LO 19/1994 para las declaraciones de los testigos protegidos inmersos en el proceso penal, dado que no contempla la protección del testigo bajo el prisma de protección de la Víctima, al venir obligado a cooperar con la administración de justicia para evitar la impunidad de los delincuentes, no siendo suficientes las medidas protectoras, ni las complementarias, así como tampoco las garantías que como justiciable debería tener el testigo protegido, al aparecer como víctima presunta. No obstante la derogada normativa europea de la Decisión Marco 2001/220/JAI relativa la estatuto de la víctima en el proceso penal establecía **la necesidad de protección del testigo**, al ser una víctima antes, después y fuera del proceso, lo cual hubiera necesitado una regulación mas integradora y no tan desdibujada, dado el tiempo transcurrido y la abundante jurisprudencia que existe. Ello implicará para la legislación procesal española que su adaptación a la nueva Directiva 2012/29/UE, de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos, en el plazo máximo de tres años, **donde la protección del testigo en las causas penales aparece como una obligación a cumplir en la legislación nacional de los Estados miembros**. Aunque tanto el *non nato* Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, como el Anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal de 26 de febrero de 2013, plasmen en su regulación normativa el testigo protegido, dentro del Estatuto Procesal de la Víctima.

SUMARIO: 1.- ÁMBITO DE APLICACION Y SUJETOS. 2.-MEDIDAS PROTECTORAS. 3.- GARANTIAS DEL JUSTICIABLE: DEFICIENTE REGULACION. 4- MEDIDAS COMPLEMENTARIAS. 5.- CONCLUSIONES.

1.-Ámbito de aplicación y sujetos.

Por esta LO 19/1994 de 23 de diciembre (BOE 24/12/1994), se establecen medidas de protección a quienes en calidad de testigos víctimas intervienen en procesos penales y padecen daño por culpa ajena o fortuita, tomando parte en causas criminales, siempre que el Tribunal aprecie racionalmente un peligro grave para su persona, libertad, bienes o familia, al hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales de testigos y sus familiares. Obviamente el título de esta ley, también viene referida al perito, pero en este aspecto no vamos a fijarnos, por el carácter diferencial en cuanto a la naturaleza personal de ambos medios de prueba; al ser diferentes la apreciación y consecuencias,

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

que pueden devenir para el proceso penal por la declaración o deposición del testigo, y del informe pericial, la mayoría de las veces técnico, que escaparía a la problemática que existe, cuando el órgano judicial encargado de dictar sentencia, tiene que formar su acervo probatorio, para motivar debidamente la sentencia que en su momento procesal vendrá obligado a dictar.

El método que la LO confiere al Tribunal es la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las distintas medidas legales de protección, previa ponderación de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Testigo es la tercera persona que interviene en las diligencias de investigación de cualquier causa penal y que el instructor puede utilizar por el conocimiento o conocimientos que posea sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso penal. **Aunque el testigo-víctima es un testigo especial y su condición es distinta a la del testigo, que es cualquier persona física residente en el territorio español, con independencia de su nacionalidad, que puede aportar datos de interés acerca de los hechos sobre los que puede en su día ser interrogado.**

Por eso, la finalidad de la ley es la protección de testigos, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, la nº 827/1993, de 25 de mayo; ante lo expresado en la propia Exposición de Motivos de la ley 19/1994, cuando manifiesta textualmente *“El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa ...para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos...que...ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo...”*

El testigo tiene la obligación de comparecer, ya que si no lo hace justificadamente a un primer llamamiento ¹ y si no lo hace tampoco a un segundo llamamiento se permite el uso de la fuerza pública para ser conducido ante el instructor y posible apertura de causa penal por delito de desobediencia a la autoridad o de obstrucción a la justicia si no comparece al juicio oral².

Si el testigo concurre al llamamiento judicial y se negase a declarar se le impondrá multa de 200 a 5.000 euros y de mantenerse en la negativa se le exigirá responsabilidad penal por delito de desobediencia grave a la autoridad por los artículos 420 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 556 del Código penal.

¹ Debe ser multado de 200 a 5.000 euros.

² Basta con la lectura de los artículos 420 de la Ley de enjuiciamiento criminal, 463 y 556 del Código penal.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Pensamos que a pesar de que el testigo es definido como aquél tercero ajeno al proceso y que es llamado a este para que aporte el conocimiento que tenga sobre el hecho delictivo. Existe acuerdo doctrinal en señalar que la declaración de la víctima en el proceso se produce a título de testigo³. Pero no podemos olvidar, que la consideración de la víctima como sujeto portador de derechos que deben ser tenidos en cuenta en el proceso penal implica que no se le va a poder a exigir como un simple medio para alcanzar los objetivos de la LO 19/1994 en la persecución de la delincuencia; pues, al legislador como expresa en la Exposición de Motivos de dicha Ley no le importa tanto la seguridad o indemnidad de los llamados como testigos al proceso, como los problemas de persecución penal, de impunidad del delincuente. Precisamente de los delincuentes, en delitos, como prostitución, blanqueamiento de capitales, pornografía infantil, etc-, que cuentan con mas recursos para delinquir, por lo que difícilmente se va a incrementar la confianza de la víctima en la justicia penal, favoreciendo su cooperación, singularmente en calidad de testigo⁴, vulnerándose con ello el artículo 8 de la Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativo al Estatuto de la víctima en el proceso penal⁵, así como el artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, al establecer que el derecho a la protección, viene referido, a que *“...se dispongan medidas para proteger a las víctimas...frente a la victimización secundaria...para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen...”*.

Nos encontramos, en la legislación nacional, ante la única norma que en materia de protección de testigos en causas criminales y atendiendo a su contenido⁶, disciplina en tan sólo cuatro artículos el régimen legal de protección al testigo víctima en el proceso penal; cuando establece la obligación de todos los ciudadanos de declarar como testigos en una causa penal.

Pero acontece que el Estado no asume su obligación de otorgar al testigo víctima la debida protección y seguridad; para que su integridad personal o familiar no quede afectada, lo que produce la victimización secundaria. A cuya enmienda contribuirá decisivamente la nueva Directiva 2012/29/UE que establece una serie de normas de carácter mínimo en relación con los derechos de las víctimas- donde habría que incardinar el testigo víctima de la LO 19/94-, ya que los Estados miembros de la Unión

³ Ver Ferreiro Bahamonde, Xulio : “La Víctima en el proceso penal”. Editorial La Ley, 2005, p. 318, y ver la abundante bibliografía que consta en la monografía.

⁴ Dando al traste con la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el Marco del Derecho Penal y del Proceso Penal.

⁵ Aunque esa Decisión Marco 2001/220/JAI, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22.3.2001, ha sido derogada por la Directiva 2012/29/UE, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea. DOL 315 de 14.11.2012.

⁶ Artículo 1.- Ámbito de aplicación. Artículos 2 y 3.-Medidas protectoras y garantías del justiciable, y Artículo 4.- Medidas complementarias a aplicar por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Europea pueden ampliarlos con el fin de proporcionarles un mayor nivel de protección.

La reticencia de los ciudadanos a colaborar con la Administración de Justicia y con la Policía Judicial en determinadas causas penales ante el temor de sufrir represalias y que en el respectivo proceso penal no se pueda hacer uso de los testimonios y pruebas valiosas; dio pie a que el legislador dictase una norma como la LO 19/94, que en principio podría parecer eficaz y que **la realidad práctica diaria ha llevado a la pérdida de la norma. Porque jurídicamente una cosa es cumplir el deber constitucional de colaborar, evitando retraimientos e inhibiciones de testigos y otra muy distinta es la llamada victimización secundaria que a resultas de cualquier declaración en causa penal ponga o pueda poner en peligro la vida familiar, laboral y/o profesional que primariamente debe evitarse en todo Estado de Derecho.**

Ello produce duda entre el equilibrio necesario, para la protección al testigo víctima en el proceso penal y la no facilitación de la impunidad de los delincuentes; dada la dificultad de ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias concurrentes de los testigos en relación con el proceso penal; al no gozar las garantías arbitradas a favor de los testigos de un carácter absoluto e ilimitado porque no pueden violarse los principios del proceso penal⁷; y en cuanto a la referencia sobre los sujetos, no sólo podemos hablar del testigo víctima que se encuentre inmerso en una causa penal, sino también de aquellas personas, terceras ajenas al procedimiento que por la relación que poseen o tienen con ese testigo víctima, hacen que se puedan ver sometidos a una situación evidente, e inminente, de igual o mayor riesgo⁸.

Se pretende obtener una coartada moral para exigir la comparecencia y declaración del testigo y terceros, de modo que no puedan escudarse en el temor a la amenaza. Por lo que, **el funcionamiento de la presunción de inocencia para el delincuente, convierte al testigo protegido en víctima presunta**, ya que no se pueden limitar los derechos del imputado.⁹ Lo que lleva consigo, la protección de los testigos víctimas y la adecuada preservación del delincuente-imputado- a un juicio con todas las garantías.

⁷ Son los conocidos de audiencia, legalidad, necesidad, oportunidad, y contradicción. En relación al tema de los principios en el proceso penal, ver Montero Aroca. J. "Los principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón". Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, pp.71-77, 100-110. 137-150 y 151-158.

⁸ Ver Zafra Espinosa de los Monteros, R: "Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal". Diario La ley, nº 7260, Año XXX, de 13 de octubre de 2009, en www.laley.es.

⁹ Basta con leer, la nueva Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a la información en los procesos penales, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea 1 de junio de 2012, que consagra un **marco de derechos y garantías procesales para los imputados o sospechosos en el proceso penal**. Ver el artículo monográfico de Sánchez Melgar. J."La nueva Directiva europea del derecho a la información en los procesos penales (acotación legal en el derecho procesal español).Referencia SP/DOCT/16930. enero 2013, en la base de datos electrónica www.sepin.es.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Ello, supone una **desigualdad de trato entre el acusado y el testigo víctima, que la L.O. 19/94 no supera**. Y como dice el Considerando (9) de la Directiva 2102/29/UE *“El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas....Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias...”*.

Fundamental es el Considerando (12), de esta Directiva, cuando establece que *“Los derechos establecidos... se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor. El término ‘infractor’ se refiere a la persona condenada por un delito. Sin embargo..., también hace referencia a los sospechosos y a los inculpados, antes que se haya reconocido la culpabilidad o se haya pronunciado la condena, y se entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia”*.

Lo que no contempla la LO 19/94, tal como ocurre en la declaración del testigo víctima menor de edad en los delitos de explotación o abuso sexual, son, las declaraciones que presten ante la policía, las víctimas y testigos menores de edad¹⁰

Máxime, cuando en el Estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal pueden participar activamente las víctimas en los procesos penales, aunque –obviamente- ello varíe de un Estado miembro a otro en función del sistema nacional. Aunque esto, tiene unos criterios sobre lo que los Estados miembros deben decidir para determinar el alcance de los derechos establecidos en la Directiva, en los casos que se haga referencia al Estatuto de la víctima en el correspondiente sistema de justicia penal; sí la víctima está sometida a la obligación legal o a la recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo como testigo, así sucede con la LO 19/94 para el testigo protegido , *que en la inmensa mayoría de las veces , aparece más como testigo víctima , que como testigo protegido* ¹¹ .

¹⁰ Sobre el valor de la declaración del menor víctima en la instrucción del proceso penal español, ver mi artículo *“La declaración testifical de los menores-víctimas en el proceso penal y la Decisión Marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001”*. Diario La Ley nº 7448. sección Tribuna, 19 julio 2010. Año XXXI, en www.laley.es. También Alcácer Guirao. R. *“Testimonio de menores y garantías de un proceso equitativo. Comentarios al hilo de la STC 174/2011, de 7 de noviembre”*. Rev. La ley penal. Nº 100. enero-febrero 2013, pp 72-77, en www.laley.es, al comentar la protección del menor como causa legítima para justificar su ausencia en el juicio oral y la Directiva europea de 2012, de protección a las víctimas, la necesidad de garantizar la contradicción, el derecho a la presunción de inocencia y el testimonio de referencia.

¹¹ Basta con observar la jurisprudencia recaída en las causas penales donde está en juego el derecho de defensa del acusado-condenado, y la identidad del testigo a efectos probatorios, Así la STS de 5 de octubre de 2011 (RJ\2011\6863), la de 30 de mayo de 2008 (RJ\2008\4076), la de 3 de junio de 2002 (RJ\2002\7130), la de 18 de junio de 2010 (RJ\2010\6684), en www.westlaw.es, que tratan del conocimiento de la identidad de testigo protegido en el juicio oral y el derecho de defensa y la asistencia de abogado, al considerar en esos casos que no existe prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. Sobre la inclusión del Estatuto de la Víctima en el nuevo proceso penal. Ver mi artículo *“La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011”* en Revista di diritto penale contemporaneo. 23-10-2012, Link <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/1785->

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

2.- Medidas protectoras.

¿Cuándo surge la protección para el testigo? Cuándo puedan verse retraídos al prestar su declaración, por el peligro que para su seguridad pueden implicar sus testimonios. Para ello, ante posibles riesgos y peligros de los testigos, la LO 19/1994 de 23 de diciembre, prevé que los Jueces y Tribunales puedan acordar una serie de medidas necesarias tendentes a su protección, de acuerdo con las directrices del derecho comparado y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Medidas que tiene como presupuesto el grado de riesgo o peligro, señalado en los artículos 1 y 2, y que básicamente, se pueden adoptar en lo relativo al **secreto de la identidad del testigo**. Lo que significa que:

a) No consten en las diligencias que se practiquen, el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los testigos, *al poder utilizarse un número o cualquier otra clave*.

b) Cuando comparezca para la *práctica de cualquier diligencia el testigo protegido*, se utilizará cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual.

c) A efectos de actos de comunicación del órgano judicial, es decir citaciones y notificaciones con el testigo protegido, será la sede del juzgado o tribunal ante el que tenga que declarar, al desarrollarse ante él, la instrucción o el conocimiento de la causa penal; por lo que las *citaciones y notificaciones se le harán llegar reservadamente al testigo protegido*.

El legislador de 1994, trató de preservar, la **contradicción** que asiste a la defensa del delincuente imputado o acusado,- aunque en la terminología del artículo de la LO 19/94, se hable de procesado, término que solamente se aplica, como es conocido, al proceso común u ordinario por delitos graves¹²-, con la acción motivada del Juez instructor de oficio, o **a petición de parte**. Y es aquí donde únicamente se mantiene esta L.O.19/94. Porque a partir de ese momento el papel de la acusación en los procesos penales en los que intervenga el testigo protegido, pasa en cuanto a las medidas protectoras a manos del Fiscal, el Juez y la defensa del acusado, que al tratar de defender el papel jurídico, a jugar por el testigo protegido, deriva procedimentalmente en la mayoría de los casos en una victimización secundaria. Y ese riesgo no ha podido limitarse, *al no poder gozar el testigo protegido de la confianza con las autoridades, facilitando su interacción con las mismas*; permitiendo gravar en video la declaración o declaraciones del testigo protegido y su uso en el respectivo proceso judicial-como entradas y salas de espera separadas- evitando el contacto visual con el o los delincuentes imputados o acusados, al planificarse los procesos penales en que deban intervenir prestando su declaración testifical, protegiendo la intimidad y la imagen del testigo protegido; ya que si no aparecería como **testigo víctima que es lo que acontece en la práctica**

[la reforma del proceso penal espa ol en el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal de 27 julio 2011/.](#)

¹² Especificado y desarrollado en los Libros II y III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

jurídica, por la posible incoherencia entre el derecho a la defensa del imputado o acusado, el juez imparcial y la libertad de expresión que es lo que se consagra en los artículos 6 -derecho a un proceso equitativo- y 10- derecho a la libertad de expresión- del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹³

Por ello, el tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la LO 19/94, genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo, con el derecho de defensa de los imputados,¹⁴ y más 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.

Los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las **declaraciones de los testigos protegidos** se focalizan generalmente en dos puntos principales:

a) El descubrimiento de la identidad del testigo.

b) La forma más o menos opaca o encubierta en que presta su declaración en la vista oral.¹⁵

En cuanto a la identificación nominal del testigo protegido, el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, bienes jurídicos, tanto de su persona como de sus parientes o allegados; suele entrar en colisión con el derecho de defensa a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que constare cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. Por lo que la contradicción queda notablemente limitada y por ende el derecho de defensa.

La contradicción procesal, deriva directamente del artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶, conforme al cual debe interpretarse el artículo 24.2 de la Constitución Española (C.E), por exigencia del artículo 10.2 de la propia

¹³ Serían *testigos víctimas*, expuestos a victimización secundaria, y que necesitarían *medidas de protección especial*, mas que medidas complementarias, y que vendrían dados por delitos como son: trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, víctimas con discapacidad, menores víctimas de delitos.

¹⁴ Es claro que el testigo protegido, tiene que tener, también, garantizada su protección judicial de los derechos, que consagra el artículo 24 de la Constitución.

¹⁵ A, este segundo aspecto, nos referiremos al tratar en las Medidas Complementarias, las declaraciones de los testigos.

¹⁶ Artículo que regula el *derecho a un proceso equitativo*, cuando establece textualmente...3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:...d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él...en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Constitución. Por tanto la cuestión que surge es si ¿puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos en los que el testigo de cargo presenta su declaración sin ser visto por el acusado, aunque si oído?; pensamos que sí, porque aunque sea un testigo oculto, existe la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad del testigo, al quedar cumplida la exigencia de contradicción.¹⁷

De aquí la importancia del artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas, derogando la Decisión marco 2001/220/JAI;¹⁸ al tratar, la protección de las víctimas, donde lógicamente debe quedar encuadrado el testigo protegido cuando pasa a tener la consideración de testigo víctima, dada las circunstancias del caso y de la causa penal en su tramitación. Afirma textualmente que *“Sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen*¹⁹. Cuando sea necesario, esas medidas podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares “.

Esto, difiere de lo marcado en el artículo 8 de la D-M derogada, porque en su apartado 4, indicaba: *“ Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que estas puedan por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su derecho”.*

Significa, que la función protectora a la víctima de la Directiva 2012/29/UE, es mayor que la de la Decisión Marco 2001/220/JAI (D-M), **ya que lo que en la Decisión aparece como una necesidad, se ha convertido con la Directiva en una obligación para los Estados miembros, independientemente del Derecho nacional.** Por tanto la protección del testigo víctima, la confidencialidad de su testimonio, las distintas

¹⁷ Porque si el objetivo de las medidas protectoras es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, se evitaría una mayor victimización, y se les animaría a actuar como testigos en los procesos penales, cumpliéndose lo establecido en la Directiva 2011/36/UE (DO L 101 de 15.4.2011)- relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas- por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, protegiendo así al testigo víctima en el proceso penal. Sobre la petición de la defensa acerca del conocimiento de la identidad del testigo protegido, ver Magro Servet, V. “Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal”. Rev. La ley Penal, nº 75. octubre 2010

¹⁸ Que regulaba en el artículo 8. “Derecho a la protección”, uno de los derechos mas importantes que se debía y debe reconocer a las víctimas de hechos delictivos, cual era el garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas. Ver Oromí Vall-Llovera, S. “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal. Del olvido al resurgimiento”. Rev. La ley Penal. N.98-99. Noviembre-Diciembre 2012, al tratar los derechos y garantías procesales de la víctima en Europa.

¹⁹ El subrayado es nuestro.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

modalidades de interrogatorio, la inexistencia de contacto con el imputado-acusado durante el interrogatorio. Tendrán que unificarse para una verdadera protección al testigo o testigos protegido(s), sin que se dificulten los derechos del imputado; porque la víctima también tiene que ser protegida para evitar su indefensión; dado que en España el artículo 24 CE no constitucionaliza todo el Derecho Procesal, ya que -el artículo 24-, hay que interpretarlo y aplicarlo de manera que se maximalice la efectiva vigencia de los derechos de carácter procesal- como es la protección del testigo víctima que declara en la instrucción y posteriormente en el juicio oral-que ese precepto garantiza para la víctima; porque los riesgos de la victimización secundaria derivan generalmente de las características personales de la víctima, del tipo y de la naturaleza o circunstancias del delito²⁰, hasta la apertura del juicio oral.

Llegados a este punto, habría que traer aquí, el artículo 63 del Borrador del nuevo Código Procesal Penal Español²¹ que bajo la rúbrica de “Víctima con la consideración de testigo protegido”, establece que “Si la víctima tiene la consideración de testigo protegido serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 377 de este Código”. Artículo encuadrado en el Título que regula “el contenido de los medios de investigación” y que lleva por rúbrica “Testigos y peritos protegidos” y que viene referido al testigo protegido desde los inicios del proceso penal hasta la apertura del juicio oral²².

3.-Garantías del justiciable: Deficiente regulación.

Vienen referidas a la protección policial y al auxilio económico para cambiar de residencia o lugar de trabajo. Y es aquí donde posiblemente el testigo puede acoger o sufrir la situación de víctima en la concreta causa penal. Lo que significa, también, como ya hemos manifestado²³ que las medidas protectoras tienen que estar rodeadas de una serie de garantías, al aparecer el testigo como víctima, más que propiamente como testigo. Por eso, el artículo 3 de la LO 19/94, textualmente indica que, “*Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidaran de evitar que a los testigos...se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento...*”. Y en su nº 2, indica que, “*A instancia del Ministerio Fiscal y para todo*

²⁰ Sobre la victimización secundaria, son de indudable trascendencia para la protección del testigo víctima, los Considerandos (53 a 55) de la nueva Directiva 2012/29/UE (DOL 315 de 14.11.2012).

²¹ Borrador que fue presentado al Sr Ministro de Justicia el 30 de diciembre de 2012, e incluye en los artículos 59 a 68 el Estatuto procesal de la víctima dentro del articulado del Borrador del nuevo Código Procesal Penal, al igual que acontecía con el non nato de 27 de julio de 2011, aprobado en Consejo de Ministros, pero que no fue presentado a la Comisión de Justicia por la disolución de las Cámaras, que incluía en los artículos 65 a 76 el Estatuto procesal de la víctima, en el articulado de la proyectada Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el artículo 69 establecía la prohibición de la victimización secundaria.

²² Es claro, que tanto en el Anteproyecto de 2011, como en el borrador de 2012, se va a prescindir de la LO 19/94, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales, y se pretende incorporar el Estatuto de la Víctima en la regulación normativa del **nuevo proceso penal** en los respectivos textos.

²³ Supra página 4.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

el proceso, o, si una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave..., se brindara a los testigos... protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo...y,...podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiera de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado."

A, simple vista, lo que es criticable, es que esas garantías que tratan de asegurar las medidas protectoras del artículo 1 de la LO 19/94, provengan a instancia del Ministerio Fiscal y no de la parte o partes, personadas como acusación. ¿Por qué no, también, de oficio por el Juez o Tribunal, o por conducto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad? ¿Por qué el legislador no ha modificado el artículo 3.2 de la LO 19/94, que tiene el carácter de ley ordinaria ante la poca eficacia que este concreto artículo y esta ley en general han tenido, para el testigo víctima?

Hoy en día, no ofrece duda que los parámetros del proceso penal, no vienen dados solamente por el derecho a la libertad, la seguridad pública y el *ius puniendi*, sino que en el siglo XXI, **la tutela de la víctima a través de su protección viene reconocida como una de las funciones del moderno proceso penal.**²⁴Y, si acudimos al Borrador de 30 de diciembre de 2012, del nuevo Código Procesal Penal, en el referido artículo 377, vemos como **se ofrece entrada al interesado mediante la oportuna petición para solicitar las medidas protectoras que tiene mayor amplitud y colaboración por parte del Ministerio Fiscal**²⁵.

²⁴ Ver Gimeno Sendra, V: "Derecho procesal penal". Ed. Colex. 2010, pp 37 a 39. al referirse, a la actuación del *ius puniendi*, la protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima, la rehabilitación del imputado, en la lección 1 al tratar la función y reforma del proceso penal. Y la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre "El deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal", cuando en su Introducción, en el apartado segundo de la página 1, dice textualmente " El proceso penal no puede ser contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la necesaria tutela de los intereses de la sociedad y de las garantías del acusado, sino también y de modo relevante, como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha sufrido por el hecho delictivo. Reparación que no puede ser fuente de más daños para la víctima, tratando de evitar una victimización secundaria", en la página web del Ministerio Fiscal: www.fiscal.es.

²⁵ Basta con leer, el nº 1 del artículo 377 del Borrador, que textualmente, se expresa en los siguientes términos:"Cuando se aprecie racionalmente un peligro grave para la vida, integridad o libertad del testigo..., o de otra persona próxima..., el Tribunal podrá acordar a petición del interesado o del Ministerio Fiscal", y se añade que cuando no conste la identificación del testigo se puede utilizar un número o clave y en este caso, el Ministerio Fiscal custodiará la documentación reservada en que conste la identidad real del testigo y su domicilio, y que a efectos de citaciones y notificaciones el domicilio será la sede del Ministerio Fiscal o del órgano judicial interviniente, que se hará llegar reservadamente al destinatario, mediante auxilio de la Policía Judicial.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Por tanto, la futura Reforma del Proceso Penal por las respectivas Comisiones de Expertos del Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y del Borrador del Código Procesal Penal, han advertido que no se puede olvidar al testigo víctima en el proceso penal²⁶ Por ello, el artículo 377 del borrador en sus números 2 a 5, regula lo referente a las garantías del justiciable en términos parecidos a la regulación del artículo 3 de la LO 19/94, pero no idénticos, por el protagonismo que tendrá el Ministerio Fiscal a los efectos de anticipar la medida protectora, en tanto se pronuncie el Tribunal de Garantías²⁷. Incluso la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en el artículo 1, afirma que dentro de la finalidad y objetivos de la presente directiva se encuentra el garantizar la protección adecuada a las víctimas, para que puedan participar en procesos penales, y en el artículo 4 sobre el derecho a recibir información desde el primer contacto con la autoridad competente, enumera el modo y las condiciones en que las víctimas podrán obtener protección, incluidas las medidas de protección, que podrán variar dependiendo de las necesidades específicas, las circunstancias personales de la víctima, y el tipo de delito.

En cuanto a la participación en el proceso penal, y según el artículo 10 de la mencionada Directiva, la víctima tiene derecho a ser oída durante las actuaciones para facilitar **elementos de prueba**. Por que, no cabe duda que testigo es toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación puede poner en peligro a dicha persona, pasando, en consecuencia, a la situación comentada mas arriba de testigo víctima²⁸.

²⁶ Y como manifiesta Oromí Vall- Llovera, hay que equilibrar los derechos del detenido y /o imputado con los derechos de las víctimas, que con las reformas del proceso penal han pasado del olvido al resurgimiento, en su artículo “Los derechos de la víctima en las reformas del proceso penal. Del olvido al resurgimiento”, supra. op. cit. Aunque, Esquivias Jaramillo.J.I. “Testigo protegido” (comentario a la STS de 23 de febrero de 2012), dice que *la necesidad de proteger a las víctimas de los delitos y, en otros casos, a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, al tiempo que se favorece la colaboración con la administración de justicia, ha llevado a considerar la supresión de todas o algunas de las circunstancias de identificación, presencia física y confrontación del testigo con el acusado. Conocer la identidad de los testigos podía ser relevante para poner al descubierto eventuales animosidades que cuestionen la credibilidad del testigo. Pero la efectividad de esta estrategia de la defensa queda cercenada si esta no puede conocer, y con la adecuada anticipación, la identidad de quienes les dirigen los cargos...*, en Revista práctica de Derecho. CEFLEGAL, CEF, núm 137. 2012, pp.137-140, donde concluye-siguiendo la jurisprudencia del TS, que la ley que protege a los peritos y testigos está diseñada para los casos de gravedad, de delincuencia grave..., se trata de evitar convertir en norma la excepción, preservando el derecho de defensa,...por encima del derecho a la integridad del testigo, y observándose el deseable derecho de contradicción. Diferente es la situación de “Testigos protegidos, policías imputados y protección de identidad”, ver el artículo con este título de Bautista Samaniego.C.en Revista IURIS. Septiembre .2011, pp46-53.

²⁷ En el Borrador del nuevo Código Procesal penal, se atribuye la instrucción al Ministerio fiscal, quedando el Juez de garantías para la adopción de medidas cautelares

²⁸ Esto, lo indicaba, también, hace tiempo la Resolución de 23 de noviembre de 1995 del Consejo de la Unión Europea, que regula la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, DOC 7 de diciembre 1995, núm 327, en www.westlaw.es, referencia LCEur

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Significa ello, que **el testigo protegido tiene que tener garantizada su declaración** contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta, mediante una protección adecuada y efectiva, antes, durante y después del proceso, **no solo porque así lo consideren las autoridades competentes, sino también a petición del testigo**; porque una de las funciones fundamentales de la justicia penal debe ser la de responder a las necesidades de la víctima y la de proteger sus intereses, facilitando e incrementando la confianza de la víctima en esa justicia penal al favorecer su cooperación, en calidad de testigo²⁹. Ya que de esa cooperación pueden derivar –como prácticamente ocurre– una serie de perjuicios físicos, psíquicos, materiales y sociales, evitando el posible conflicto con los derechos y garantías para el infractor-imputado, acusado y condenado–, pues el testigo, como justiciable que es, tiene que tener unos derechos y garantías procesales mínimas, que no colisionen con las del infractor, no incrementando los problemas para el testigo víctima, sino la disminución de ellos, ya que **las necesidades e intereses del testigo víctima deben ser tomadas en cuenta en todas las fases del proceso penal.**

Pensamos que los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 del CEDH cuando una condena se basa únicamente o de manera determinante, en las declaraciones de un testigo protegido, que ni en la fase de instrucción ni durante los debates, el acusado haya tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al testigo protegido de la acusación, *lo que se satisface dando a la defensa del acusado, la ocasión adecuada o suficiente para discutir su testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare*; ya que el principio de contradicción se respeta no sólo cuando la defensa del acusado goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también, cuando tal efectiva contradicción no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deban a una actuación judicial constitucionalmente censurable. En este sentido, la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración del testigo en la instrucción, quedaría colmada con la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 de la LECr³⁰; porque se haría depender de que en el momento de la instrucción, la contradicción fuera posible, ya que su contenido, accedería al debate procesal y público, al someterlo a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador; porque **los**

1995\162. Al considerar que dicha lucha exige una garantía eficaz y que se concrete la seguridad de los testigos, para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

²⁹ Por eso, la Resolución de 23 de noviembre de 1995, supra.op.cit, dispone los efectos de garantizar una protección adecuada a los testigos, y considera testigo a toda persona, cualquiera que sea su situación jurídica, que disponga de información o de datos considerados importantes por las autoridades competentes de las diligencias penales y cuya divulgación pueda poner en peligro a dicha persona. Dado que las autoridades competentes deberán poder decidir de oficio o a petición de los testigos, el conocer el domicilio y demás elementos de identificación del testigo.

³⁰ “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”, artículo que afecta al examen de testigos al practicar la prueba testifical en el juicio oral

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

principios procesales de contradicción y defensa no exigen el que efectivamente se produzca debate o discusión sobre un tema, sino que exista oportunidad procesal de plantearlo y de proponer y practicar las pruebas correspondientes con igualdad de armas para todas las partes³¹.

En este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que **la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción no lesionan en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y se hayan respetado los derechos de defensa del acusado**; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad ³²

También el Tribunal Constitucional, ha tenido ocasión reciente de manifestar que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y se hayan respetado los derechos de defensa del acusado³³.

Significa, ello, que la prueba preconstituida, como sucede en el proceso penal, **puede ser considerada como una garantía para el justiciable, siempre que nos encontremos ante el supuesto o supuestos de testigos protegidos**, dado que pueden ser válidas como pruebas de cargo la declaración o declaraciones de esos testigos prestadas en fase instructora o sumarial, cuando se cumplan los requisitos señalados por la doctrina del Tribunal Constitucional, y que posibilitarían que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador, ante la imposibilidad que el testigo protegido preste su declaración en el juicio oral. **Siempre que en la instrucción haya intervenido el juez de instrucción y el fiscal, garantizando así, la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, con la finalidad de que pueda interrogar al testigo protegido**, ya que el contenido de la declaración del testigo protegido en la instrucción, pasaría al debate en el juicio oral, a través de la lectura del acta en que se documente, conforme al artículo 730 de la LECr³⁴

³¹ Ver mi monografía “El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español”. Edit. Civitas. Madrid 1992. pp 170-172, al tratar los testigos no sometidos a contradicción por la defensa o el Fiscal.

³² Ver SSTEDH: S 41 de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, S 47 de 15 de junio 1992, caso Lüdi, S 51 de 23 abril 1997, caso Van Mechelen, en www.laley.es.

³³ Ver SSTC: S 143/2010 de 2 de diciembre, S 1/2006, de 16 de enero, S148/2005, de 6 de junio, S 155/2002, de 22 de julio, en www.laley.es.

³⁴ Son los jurisprudencialmente llamados, requisitos: Materiales, subjetivos y formales para la validez de la prueba preconstituida creada y documentada en la instrucción y que formará parte del acervo probatorio

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

De ello, podría resultar que el **riesgo de la victimización secundaria** para el testigo protegido quedaría **en gran parte disminuido**, porque se protegería la intimidad de la víctima, con la medida de prohibición o limitación en la difusión de información sobre la identidad y el paradero de la víctima; al ampararse la intimidad y la imagen del testigo víctima protegido, así como la de sus familiares en coherencia con los derechos del imputado –acusado- a un proceso con todas las garantías. Incluso no acontecería la pérdida de la oportunidad de la contradicción entre el abogado defensor y el abogado de la acusación, ya que el juez instructor para adoptar las medidas protectoras, con independencia de que posteriormente sean ratificadas o modificadas por el juez o tribunal ante el que tendrá lugar el debate del juicio oral, viene siempre obligado a preservar la identidad del testigo y a evitar que sea reconocido por las partes e incluso por terceros.

Por lo que, de esta manera se conseguiría el equilibrio necesario entre los derechos fundamentales en conflicto y los derechos y garantías procesales de las víctimas para su protección como justiciables, tutelando la intimidad de la víctima, con una serie de medidas, como son la prohibición o la limitación de la difusión o información relativa a la identidad y el paradero de la víctima, tutelando la intimidad y la imagen del testigo protegido y de sus familiares, en coherencia con los derechos a la vida e integridad física, del artículo 15 CE y el de la sociedad o la prensa a transmitir información veraz, del artículo 20.1.d y 20.4 CE.³⁵ Se evitaría así, la victimización secundaria, que de una forma clara, moldea legalmente, la nueva Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas, al consagrar el derecho de protección, el derecho a evitar el contacto entre víctimas e infractor, el derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, y el derecho a la protección de la intimidad³⁶.

Y si nos fijamos en el Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Norma vigente en España desde el 1 de diciembre de 2010, tras su publicación³⁷, observamos como en el Capítulo VII del Convenio, dedicado a la investigación, enjuiciamiento y derecho procesal, se indica en los

en las sesiones del juicio oral y por la que el juez o tribunal sentenciador, podrá en el momento procesal oportuno, ofrecer su motivación en la sentencia definitiva. Ver entre otras SSTC la nº 344/2006, de 11 de diciembre, la nº 187/2003, de 27 de octubre, la nº 80/2003, de 28 de abril. en www.laley.es.

³⁵ Sobre los derechos fundamentales en conflicto. Ver Gimeno Sendra. V. "Manual de Derecho procesal Penal". Ed. Colex. 2ª edic. Madrid, 2010, pp 308-309.

³⁶ Basta con la lectura de los artículos 18 a 21 de la referida Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, publicada en DOL 315 de 14.11.2012.

³⁷ En el Boletín Oficial del Estado nº 274 de 12 de noviembre de 2010. PP 94859-94879.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Principios³⁸, que las medidas aplicables no menoscabarán los derechos de defensa ni la exigencia de un juicio justo e imparcial, de conformidad con el artículo 6 del CEDH. Y en el artículo 31 al regular las Medidas de Protección indica las medidas necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas, **especialmente en calidad de testigos**, en todas las fases de las investigaciones³⁹. Por tanto, las Medidas generales de protección indicadas en el Convenio hecho en Lanzarote, **podría englobar las garantías para el justiciable, contempladas desde el punto de vista del testigo víctima en su actuación en el proceso penal**, ya que el juez puede ordenar que la audiencia se celebre a puerta cerrada, y que se realice sin necesidad de que el testigo víctima esté presente, recurriendo a las tecnologías de la comunicación apropiadas⁴⁰. Aquí, sería de aplicación el artículo 22 de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, **ya que el testigo protegido como víctima**, que es o puede ser, por su intervención en el proceso penal por la LO19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales, **podría ser considerado como una víctima con necesidad especial de protección**, en cuanto podría estar encuadrado dentro de las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual, así como las víctimas con discapacidad; ya que durante la tramitación del proceso, al ser el testigo protegido una víctima con necesidades especiales de protección, tendría a su disposición, medidas para **evitar el contacto visual entre el testigo protegido víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba**, a través de los medios adecuados, **incluido el uso de tecnologías de la comunicación**-como puede ser la grabación por medios audiovisuales a través de la video conferencia- y que pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia, evitando la formulación de preguntas innecesarias en relación con la vida privada del testigo protegido no vinculadas a la infracción penal, incluso la celebración de la audiencia prescindiendo del principio de publicidad ⁴¹.

³⁸ Ver el artículo 30, referente a los Principios que en el marco del derecho procesal, debe contener la investigación y el enjuiciamiento en las actuaciones penales para la protección de los niños, víctimas de los delitos de abuso y explotación sexual.

³⁹ En particular, protegiendo su intimidad, su identidad e imagen, y adoptando medidas, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación, salvaguardando a las víctimas y a los testigos de cargo de cualquier intimidación, represalia o nueva victimización.

⁴⁰ El artículo 731bis de la LECr, situado en el Capítulo III, sobre el modo de practicar las pruebas durante el juicio oral, se aproxima en sumo grado a estas medidas generales de protección, indicadas en el Convenio de Lanzarote, cuando afirma textualmente *“El Tribunal de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad, o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como, ...testigo, ..., o en otra condición resulte gravosa o perjudicial..., podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

⁴¹ Tal como viene referido en los artículos 23 y 24 de la Directiva 2012/29/UE, al regular el primero, el Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal y el segundo, al regular, el Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Consideramos que como persona el testigo protegido es una víctima independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor,⁴² porque la LO 19/94 en el proceso penal español, somete al testigo protegido, a una obligación legal a su participación activa en la causa penal y no ofrece, por lo menos, una mera recomendación mediante el establecimiento de criterios, dado el gran tiempo transcurrido desde su publicación con la entrada en vigor desde el 25 de diciembre de 1994, en el marco de la justicia penal; no respondiendo con ello al propósito protector al que respondía dicha LO19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales. Significa esto, que el testigo protegido como víctima que es, ha padecido y padece un cierto abandono, en orden a sus garantías como justiciable, durante su intervención en el proceso penal español; por lo que parece, que, la protección del testigo no ha ido acorde con el sistema penal que sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por los infractores-imputados, acusados, enjuiciados- o encausados⁴³ con la infracción de la ley penal, desconociendo el legislador español la preocupación por la situación de las garantías del testigo protegido, que como víctima ha tenido; no dando cumplimiento a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.⁴⁴

Llegados a este punto y atendiendo a las últimas y pretendidas reformas del proceso penal español, mediante el *non nato* Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, y el Borrador del también-pretendido-nuevo Código Procesal Penal de 30 de diciembre de 2012, y el Anteproyecto de 26 de febrero de 2013-pendiente actualmente de aprobación por el Consejo de Ministros-. Observamos que en el Anteproyecto de julio de 2011, parece que la regulación del testigo protegido, vendría regulada en una nueva Ley, ya que está ubicado en el título VI-Medios de investigación relativos al examen de testigos y peritos, en el artículo 383, bajo la rúbrica "Testigo protegido", y dentro del Estatuto Procesal de la Víctima, al referirse a la resolución judicial motivada en la declaración testifical, como garantía, evitando el encuentro con el investigado o acusado por medio de la confrontación visual en el

⁴² El término infractor lo tomamos de las directrices marcadas en los diversos Considerandos y Artículos donde la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, introduce este término -del infractor- como sujeto pasivo en el proceso penal; basta con la lectura del Considerando (19), y el artículo 19 referente al derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor de la mencionada Directiva. Aunque hay que decir que el término infractor, aparece en lo referente a las víctimas en España, con la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, (BOE 12/12/1995) de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en su Exposición de Motivos

⁴³ El término "encausado" es el propuesto en el Anteproyecto para el nuevo Código Procesal Penal, publicado el 26 de febrero de 2013, al rubricar el Capítulo II, dentro del Título II, sobre las partes, con el término " El Encausado" en la web del Ministerio de Justicia, www.mju.es, pp 69 a 72.

⁴⁴ En el BOE nº 296 de 12/12/1995. p. 35576.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

artículo 68, nº 3 -Víctimas en situación de especial vulnerabilidad- Y en el Borrador del Código Procesal Penal de 30 de diciembre de 2012 que coincide con el Anteproyecto de 26 de febrero de 2013, se encuentra ubicado el testigo protegido, en el propio Estatuto Procesal de la Víctima en el artículo 63, bajo la rúbrica “Víctima con la consideración de testigo protegido”, que remite a las disposiciones del artículo 377, situado en el “Contenido de las Diligencias de Investigación”, y parece recoger aunque con distinta articulación los parámetros fijados en la LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales, prácticamente sin operatividad jurídica.⁴⁵

Ello, indica, que **el legislador procesal** como parece, **no ha tenido en cuenta el fracaso de la LO 19/1994, que no parece adaptarse a la referenciada y tratada⁴⁶ nueva Directiva de la UE de 25 de octubre de 2012**, sobre las normas mínimas no sólo de derechos, sino también de apoyo y protección de las víctimas delitos, tal como acontece diariamente en **la intervención del testigo protegido**, que en la mayoría de las causas aparece, según lo manifestado, **como una víctima presunta**, dados los derechos y garantías del infractor, fijados en la tramitación de las diversas fases del proceso en cualquier causa penal.

4.- Medidas complementarias.

Tienen lugar, una vez que se reciben las actuaciones por el Juez o Tribunal competente para el *enjuiciamiento de los hechos*. El cual deberá pronunciarse motivadamente sobre la procedencia o no de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección acordadas por el Juez de instrucción sobre la protección de la identidad de los testigos y la protección policial. Pero el órgano judicial encargado del enjuiciamiento lo hará ponderando:

- a) Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, es decir, la vida, la libertad, etc.
- b) Los derechos fundamentales en conflicto, aquellos establecidos en los artículos 14 a 29 de la CE
- c) Las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate.

No obstante, por el artículo 4. nº 3, la identidad de los testigos puede ser desvelada si cualquiera de las partes lo solicitan en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa. Hay que pensar que la previsión legal no se basa en testimonios anónimos, ya que las declaraciones de los testigos protegidos debe ser conocida por el Juez o Tribunal y por la defensa, ya que si no aconteciera ello, no se produciría uno de los principios básicos que tiene que informar todo proceso penal en nuestro sistema de enjuiciamiento, cual es, el de contradicción, que juntamente con el de audiencia,

⁴⁵ Ver estos textos normativos y el mencionado articulado en la sección “actividad legislativa”, de la página web del Ministerio de Justicia, www.mju.es.

⁴⁶ Ver supra página 12.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

legalidad, necesidad y oportunidad, conforman el proceso penal español. Ya que, incluso, se podría violentar el derecho de defensa del acusado. Lo cual, no se compadecería bien con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁷.

No hay que olvidar, tal como señala el artículo 4 nº 2 y nº 4, que las medidas adoptadas pueden ser objeto de recurso de reforma o súplica y de igual forma recurso de reforma y apelación, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial. Ya que las partes podrán proponer nueva prueba tendente a acreditar las circunstancias que puedan influir en el valor probatorio del testimonio.

Significa esto último, que las declaraciones efectuadas por el testigo-víctima protegido en la instrucción preliminar, podrán tener valor de prueba a efectos de sentencia, si son ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la LECr, por quién la prestó y si se consideran de imposible reproducción, a los efectos del artículo 730 de la LECr, tendrán que ser ratificadas mediante lectura literal con la finalidad de que puedan ser sometidas a contradicción por las partes. Lo cual no implica, que puedan violentarse con ello, las garantías del debido proceso que ostenta todo acusado, entre ellas fundamental mente la presunción de inocencia.

Pensamos que **las medidas complementarias** previstas para la protección a testigos en causas criminales, **deben llevar consigo a garantizarles como presuntas víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso**, que si bien, no estaba recogido en la derogada Decisión 2001/220/JAI⁴⁸, si aparece en la nueva Directiva 2012/29/UE, al tener como finalidad la Directiva, garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que **puedan participar en procesos penales**, y es aquí en esa posible participación en los procesos penales donde debe exigirse el **principio de igualdad para el testigo protegido**, al mismo nivel que a las demás partes personadas en las causas penales⁴⁹, respetando los derechos fundamentales y observando los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el derecho a la tutela judicial efectiva, porque **debe garantizarse la protección adecuada y efectiva del testigo víctima, antes, durante y después del proceso.**

⁴⁷ Ver las SS de 20/11/1989, (caso Kostovoski), y la 27/9/1990, (caso Windisch), en www.westlaw.es

⁴⁸ De 15 de marzo de 2001. DOL 22.3.2001, al disponer textualmente en su Considerando(9)“Las disposiciones de la presente Decisión, sin embargo, no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso”

⁴⁹ Así, se deduce de la Directiva, en el artículo 1 al fijar los “Objetivos”, indica en el inciso segundo del nº.1 que “Los Estados miembros velarán por que se reconozca a las víctimas su condición como tales y por que sean tratadas de manera...individualizada, profesional y no discriminatoria...con cualquier autoridad competente que actúe en el contexto de un procedimiento penal...”

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Es el miedo a declarar, lo que debe ser tenido en cuenta para las medidas complementarias, dentro de los límites de la protección a los testigos víctimas, ya que la LO 19/94 no ha podido evitar aquello, por que actualmente puede haber aumentado la colaboración ciudadana con la policía, pero no han aumentado los testimonios judiciales, a pesar de estar permitido ocultar y cambiar de identidad o compensar al testigo con dinero y protección. Por ello, el legislador parece haber olvidado la necesidad de una nueva Ley de Protección de Testigos, dado el tiempo transcurrido; aunque en los posibles y nuevos textos legales sobre proceso penal, se intentan incluir dentro del Código procesal penal, el testigo protegido en el nuevo Estatuto Procesal de la Víctima.

Al tratar las medidas protectoras nos referimos, a la identificación nominal del testigo protegido⁵⁰ y los problemas que implicaba la aplicación práctica de la LO 19/1994. Ahora observamos la forma de deponer en el plenario el testigo protegido, porque como medida protectora viene relacionada su declaración como acto de investigación, y como medida complementaria su declaración viene conectada con los medios de prueba que pueden acontecer en la fase o etapa del debate en las diversas sesiones del juicio oral. Y es aquí, donde normalmente el interés en declarar del testigo protegido, sea el no desear ser visto u observado, por el acusado o acusados y por el público e incluso por la defensa de las partes.

En estos casos, la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con los principios de inmediación y contradicción que rigen en el juicio oral, y es cuando se priva a ese acusado o esos acusados y a las partes procesales, de la posibilidad de comprobar a través de su visualización directa, la convicción y firmeza de la declaración del testigo protegido, por lo que puede limitarse la contradicción procesal.⁵¹

En los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato, aquellos supuestos en que el testigo debido a las circunstancias o contingencias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales, y por tanto se ignora su identidad dentro del proceso, y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

⁵⁰ Ver supra, páginas 6 y 7.

⁵¹ Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dentro de la categoría general de los testigos protegidos, pueden distinguirse dos subcategorías, en orden al nivel de protección de los testigos: Los testigos anónimos, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales, y los testigos ocultos, que sí son identificados personalmente con nombre y apellidos, pero que deponen en el plenario con distinto grado de opacidad a la visión o control de las partes procesales. Ver por todas las SSTS 1023/2011, de 5 de octubre (RJ 2011\6863) y la 649/2010, de 18 de junio (RJ 2010\6684), en www.westlaw.es

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

En los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo protegido; porque es posible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo será oído. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y las defensas de las partes, pero no por los acusados ni el público, esto último es lo que jurisprudencialmente es llamado testigo semioculto, que es de mayor aplicación práctica⁵².

Significa esto, que de la lectura de los distintos apartados del artículo 4, sobre las medidas complementarias, y sobre todo de lo que indican los números 1 y 3, parece existir una mala praxis normativa, porque, por un lado se obliga a desvelar la identidad de los testigos y por otro lado se permite al Juez o Tribunal sentenciador, **mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción**. Lo que demuestra la falta de rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, y que dá lugar al acceso continuado a recurrir en casación o en amparo, por vulneración del derecho de defensa y otros principios que en su práctica efectiva, tendrán lugar en el debate o juicio oral, cuales son los de contradicción e igualdad, produciendo ello una posible vulneración de la presunción de inocencia para el acusado condenado.

Por lo que, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos, no es en modo alguno, de carácter absoluto, ya que, como medida complementaria para la protección del testigo víctima, quedaría subordinado su alcance, a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en sus escritos de conclusiones provisionales, aparezcan los medios de prueba propuestos y que han de ser practicados en las sesiones del juicio oral, que ha de realizarse motivadamente, y la petición estará subordinada al normal juicio de pertinencia por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, dada la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delinquentes pertenecientes al ámbito de aplicación de la LO 19/1994.

Es decir, que únicamente la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos protegidos, vulneraría las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en consonancia también con las garantías que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española.

⁵² Ambas modalidades de testigos protegidos, anónimos y ocultos o semiocultos, han sido contemplados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional STC 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994,64), jurisprudencia del Tribunal Supremo SSTS 395/2009, de 16 de abril (RJ 2009,4842), 322/2008, de 30 de mayo (RJ 2008, 4076), 1047/2006, de 9 de octubre (RJ2007, 587), 961/2006, de 25 de septiembre (RJ 2006, 7661), 1027/2002, de 3 de junio (RJ 2002, 7130), en www.westlaw.es.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Hay que compatibilizar la ponderación de las medidas protectoras para el testigo víctima protegido, con el derecho de defensa, incluso cuando las dificultades de la defensa sean equilibradas con el procedimiento seguido por el juez instructor y/o el juez o tribunal sentenciador, ya que necesariamente en todo proceso penal, en orden a la declaración de los testigos protegidos, han de cumplirse dos parámetros esenciales:

- a) Que sea posible examinar la fiabilidad del testigo protegido cuyo nombre se oculta.**
- b) Que la declaración del testigo anónimo no sea decisiva, por la existencia de otras pruebas incriminatorias que enerven el derecho a la presunción de inocencia.**

Ya, que, no puede desconocerse los serios riesgos, que el testigo protegido puede sufrir, cuando acude al juez o tribunal enjuiciador para mantener su testimonio, que pueden ser de tal naturaleza que debiliten su decisión para declarar; dando lugar a situaciones negativas para la correcta eficacia y funcionamiento de la Administración de Justicia, tal como el legislador de 1994, expresa en la Exposición de la LO 19/1994; porque hay que conjugar las excepciones que esta Ley permite en la forma de practicar la prueba testifical , cuando interviene en juicio el testigo víctima supuestamente protegido, con una mayor seguridad como testigo, teniendo en cuenta la inseguridad o inseguridades que devienen en los bienes jurídicos personales de los testigos protegidos.⁵³

Pensamos que, cuando el testigo protegido como víctima presunta que es en la inmensa mayoría de los casos o supuestos que ocurren diariamente en la realidad en la aplicación práctica de la LO. 19/1994, no acude al acto del juicio oral, pero su declaración incriminatoria en sede judicial, es extensa y minuciosa, coincidente en lo esencial con la prestada en sede policial, siendo claro que tal declaración, fue efectuada en presencia del letrado de la defensa, y que fue correctamente introducida en el juicio oral por tratarse de uno de los supuestos-como hemos manifestado-contemplado en el artículo 730 de la LECr; nada impediría su valoración y motivación en la sentencia que en su día se dictara por aquel juez o tribunal sentenciador.

En definitiva, “un sistema procesal penal”, que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales -con presencia de garantías-, frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición; ha de esta en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los

⁵³ Sobre el testigo anónimo y el testigo oculto, ver la importante monografía de Lopez Barja de Quiroga. J” “Tratado de Derecho Procesal Penal” “*El anonimato y la ocultación de testigos*”, al tratar dentro de la práctica de la prueba en el juicio oral, la prueba testifical, y exponer pormenorizadamente , las normas que entran en aplicación, el planteamiento de la cuestión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo, y termina con la conclusión de la testifical anónima y la testifical oculta, ver pp 1283-1304. Edit. Aranzadi. 2009.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

órganos encargados de la justicia penal. Siempre que lo actuado haya sido con pleno respeto a las garantías del justiciable⁵⁴. **Porque, el testigo protegido como víctima, tiene derecho a la tutela judicial**, que el artículo 14 del Anteproyecto del Código procesal penal-ya mencionado- de 26 de febrero de 2012, consagra como una de las finalidades del proceso penal, para que la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informen a los ofendidos y perjudicados por el delito,-no en vano el testigo protegido puede ser perjudicado en su testimonio por el miedo a declarar, tal como hemos manifestado-, y de los derechos que les asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables.⁵⁵ Quizás, por ello el legislador de 2013 con el mencionado artículo 63 en el Anteproyecto del nuevo Código, configura el Estatuto procesal de la víctima, en el capítulo II, referente a las partes, dando paso, por consiguiente, a la víctima con la consideración de testigo protegido.⁵⁶

Pensamos que cuando un Abogado pide la identificación de un testigo protegido y que está amparado por la Ley 19/94, en el escrito de conclusiones provisionales, y el Tribunal al dictar el auto de admisión y denegación de prueba, no hace manifestación alguna al respecto, constando como el Abogado, pidió la identificación de ese testigo protegido, comprometiéndose al respeto escrupuloso de las garantías establecidas en la Ley 19/94. El Tribunal enjuiciador tiene que pronunciarse en un sentido u otro, pero motivándolo en aquél auto, sobre la petición formulada en aquél escrito por el Abogado defensor del acusado y no caer en el silencio, que dejaría abierta la vía al posible condenado de acudir a través de su abogado al Recurso de Casación. Y es aquí donde el Tribunal Supremo recordará que no son coincidentes el concepto material de la indefensión con el jurídico procesal. Ya que, la contradicción en el juicio oral está en la esencia de la tutela judicial efectiva, para evitar la indefensión como consecuencia del derecho de defensa, al ser dos realidades diferenciadas, la separación entre lo material de la indefensión con la concepción procesal de la misma.⁵⁷

5.- Conclusiones.

El testigo protegido, cuando toma parte en las causas penales, tiene la consideración de testigo especial.

⁵⁴ Ver Ballesteros R. Roberto. "La soledad del testigo protegido: debate sobre una legislación obsoleta". Revista. Época. 2010. nº 1324. pp 24-27.

⁵⁵ Se considera – en la propia Exposición de Motivos- como una disposición básica sobre los derechos de las víctimas, en www.mju.es, pp 3-57-58.

⁵⁶ Ver la estructura sistemática del nuevo Código, en www.mju.es, pp 27 y 28.

⁵⁷ Ver Esquivias Jaramillo. J.I. "Testigo protegido... supra op. cit. Y ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 en la base de datos electrónica La ley digital. www.laley.es, con nº referencia: 15745/2012., donde se trata el testigo anónimo y la defensa del acusado, e indica entre otros pormenores que "...la protección de testigos... es un instrumento de investigación que está reservada para los casos de delincuencia grave y, sobre todo para hacer frente al crimen organizado..."

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

- La persecución penal y la impunidad del delincuente, soslayan la indemnidad de los testigos protegidos.
- El artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, establece el derecho a la protección de la víctima, cuando testifiquen, para evitar la victimización secundaria.
- El funcionamiento de la presunción de inocencia para el delincuente, convierte al testigo protegido en víctima presunta.
- La LO 19/94, no ha superado la desigualdad de trato entre el acusado y el testigo protegido.
- Dificultad de compatibilizar las medidas protectoras de la LO 19/94 para el testigo protegido, con el derecho de defensa del imputado, lo que se paliaría con la incorporación del Estatuto Procesal de la Víctima en el Código Procesal Penal.
- La LO 19/94, tiene una deficiente regulación para el testigo protegido en cuanto a las garantías que indica en el artículo 3.2, al tratar de asegurar las medidas protectoras del artículo 1.2, y no poder pedir, aquellas, la parte acusadora, y sí el Ministerio fiscal.
- Tanto el Borrador como el Anteproyecto del futuro Código Procesal Penal, contemplan el testigo protegido en el artículo 377, otorgando en principio, una mayor protección, al poder solicitar -el testigo-como interesado, medidas protectoras, dotando de mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, a los efectos, de anticipar las medidas protectoras, hasta que se pronuncie el Tribunal de Garantías.
- La defensa y contradicción no tiene que estar afectadas por las medidas protectoras a favor del testigo, dado que lo importante, para que se cumplan esos principios, es que exista en el acto del juicio oral, la posibilidad de plantear y proponer el tema.
- La prueba preconstituida, puede ser una garantía para el justiciable, en los supuestos de testigos protegidos.
- Las medidas generales de protección de las víctimas del Convenio del Consejo de Europa, hecho en Lanzarote en 2007, podrían englobar las garantías para el justiciable, como el testigo víctima cuando actúa en el proceso penal.
- La LO 19/94, somete al testigo protegido a una obligación legal, no ofreciendo recomendaciones, ante el tiempo transcurrido desde su publicación, en el marco de la justicia penal, padeciendo un cierto abandono en sus garantías procesales como justiciable.
- Las medidas complementarias para el testigo protegido, deben garantizar, ante todo su participación con un trato equivalente al de las partes, bajo el principio de igualdad, garantizando así, la protección, antes, durante y después del proceso, evitando el miedo a declarar.
- La LO 19/94, no resuelve el problema de la declaración testifical en la fase de instrucción y de juicio oral, porque no trata la diferencia entre el testigo anónimo y el testigo oculto. Ha sido la jurisprudencia, al complementar dicha Ley, la que ha aclarado el valor de esa declaración, resolviendo en gran parte la eficacia jurídica de

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

esa declaración, bajo la aplicación práctica de los principios de inmediación y contradicción.