

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE POSGRADO



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

TEMA DE INVESTIGACION:

“EL TESTIGO BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE DEFENSA ”

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. JOSÉ ISABEL GIL CRUZ

ASESOR: DR. REINALDO GONZÁLEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, EL SALVADOR, MARZO DE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR**

**MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADEMICA**

**MAESTRO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**DOCTORA ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL**

**LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO**

**LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICE-DECANO**

**LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO**

**DOCTORA EVELYN BEATRIZ FRAFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**DOCTOR REINALDO GONZÁLEZ
COORDINADOR UNIDAD DE POSGRADOS**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
ABREVIATURAS UTILIZADAS	vi
CAPÍTULO I.....	1
LA PRUEBA TESTIMONIAL.....	1
1. Antecedentes históricos.....	1
2. Concepto de Testigo.....	5
3. Aproximación al concepto de testigo protegido.....	9
4. Naturaleza de la prueba testimonial.....	12
5. Estatuto jurídico del testigo	14
5.1 Los deberes del testigo.....	16
A) Deber de comparecer.....	16
B) Deber de declarar.....	18
C) Deber de decir la verdad.....	19
5.2 Las exenciones del deber de testificar.....	20
6. Principios de la prueba testimonial	24
6.1 La oralidad.....	25
6.2 La inmediación	27
6.3 Contradicción	29
6.4 Publicidad	31
6.5 Libertad probatoria.....	33
7. La declaración testifical como acto de investigación	35
8. Declaración testifical anticipada	37
CAPÍTULO II.....	40
LA PRUEBA TESTIMONIAL BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN	40

1. Fundamento jurídico	40
2. Aplicación del régimen de protección	48
2.1 Principio de protección	53
2.2 El principio de proporcionalidad y necesidad	54
2.3 El principio de confidencialidad	57
3. Medidas de protección.....	58
3.1 Procedimiento para la aplicación de las medidas de protección.....	61
4. El testigo protegido y su relación con otras figuras.....	66
4.1 Testigo anónimo.....	68
4.2 Testigo arrepentido.....	70
4.3 Confidente.....	74
5. Testigo protegido y debido proceso.....	76
CAPÍTULO III.....	83
LA PRUEBA TESTIMONIAL BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO	83
1. Política criminal	83
1.1 Ámbito de la política criminal.....	85
2. Importancia del derecho de defensa.....	90
2.1 Defensa material y defensa técnica.....	93
3. Testigo protegido y derecho de defensa.....	96
4. Producción de la prueba testimonial bajo régimen de protección en juicio oral.....	103
5. La valoración de la prueba del testigo protegido.....	108
6. Derecho de la víctima.....	114
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA	122

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada: “El testigo bajo régimen de protección, su incidencia en el derecho de defensa en juicio”, es una figura procesal que la doctrina lo ha denominado testigo de identidad reservada, mientras que el ordenamiento jurídico interno testigo bajo régimen de protección; esta temática tiene incidencia principalmente en el derecho de defensa. Del análisis de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales se establece que nos encontramos dentro de un figura procesal constitucional que se ve concretizada por la actividad probatoria que se desarrolla dentro del juicio, donde debe de construirse la culpabilidad de la persona acusada, respetando los parámetros constitucionales que nos permitan el respeto de las garantías judiciales de los imputados desarrolladas en la normativa procesales.

Este medio probatorio denominado testigo bajo régimen de protección, no solo es adoptado en nuestro país, sino también en otros ordenamiento jurídicos, ya que los Estados por medio de la institución del Derecho, tratan de mantener una armonía dentro de los miembros de la sociedad y ante la vulneración de una norma de contenido penal interviene a través del *ius puniendi*, inicialmente con su aparato investigador el cual está legitimado y diseñado por su propia política criminal y uno de los objetivos en la investigación de cualquier hecho punible es buscar los medios probatorios, pero dentro de un juicio justo y conforme a los dictados de un debido proceso, para evitar arbitrariedades por parte de los operadores de la administración de justicia.

Dentro de los medios probatorios a recolectar por el ente acusador claro que está, todo medio que produce una información sobre alguna circunstancia acerca de lo que se pretende investigar, y demostrar al Juez posteriormente en la vista pública o vista de la causa, según sea el inculcado adolescente o adulto, y el más común lo es “el testigo”, se le imponen dos exigencias por parte del Estado: una primera, es la obligación de comparecer siempre que se le requiera y una segunda obligación legal es rendir su testimonio o mejor dicho el deber de colaborar con la administración de justicia y esclarecer los hechos, que se imputan a un ciudadano o ciudadana. En los últimos años han surgido factores reales que han atentado en contra de las personas con el rol de testigos dentro del proceso y ha traído como consecuencia jurídica la impunidad, a lo que el Estado no ha sido indiferente por ello ha tenido que habilitar instituciones como el testigo bajo régimen de protección.

La prueba testimonial bajo régimen de protección, es una figura procesal que motiva investigarse, porque últimamente es muy común la adopción de testigos protegidos en todos los procesos de la jurisdicción penal. preocupa su generalización, esto hace que reflexionemos si en la práctica se ha dejado de lado el principio de proporcionalidad, que informa a la LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS; se justifica esta modalidad de testigo con el argumento que, es por razones de seguridad para las personas con el rol testigos en un juicio o de sus familiares cercanos y es obligación del Estado protegerlo, que deviene del artículo 2 inciso primero de la Constitución que en lo pertinente dice *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y hacer protegida en la conservación y defensa de los mismos”*.

Este medio probatorio testimonial, para el acusado y para quien ejerce la defensa técnica tiene sus propias consecuencias jurídicas negativas, aun cuando legalmente tengamos una ley secundaria que habilita esta modalidad de testigo bajo régimen de protección, porque la defensa técnica o material, desconoce el vínculo natural existente entre el testigo con el hecho punible o con las partes que está siendo objeto de investigación, incluso en muchas ocasiones ni el juez, a quien le corresponde valorar ese testimonio conoce ese nexo; esto vuelve relevante la presente investigación, porque trae consigo problemas para controvertir dicha prueba, pues las exigencias del derecho de defensa y de un debido proceso requieren del imputado, el conocimiento de quien es la persona que lo incrimina, para así poder desacreditarlo.

A nivel del debido proceso el testigo de identidad reservada o protegido, plantea serios problemas, específicamente como ya lo hemos afirmado en cuanto limita al derecho de defensa del imputado; pues al no conocerse la identidad de dicho testigo, no puede la defensa ya sea material o técnica conocer los antecedentes del testigo para analizar, cuestionar su credibilidad. Por ello es que en la presente investigación examinaremos si existen casos en los cuales con solo ese medio probatorio se ha podido destruir la presunción de inocencia de un acusado y en consecuencia construir una sentencia de condena con ese único medio de prueba, devaluándose el derecho constitucional de defensa en juicio, ya que se condenaría con afirmaciones de testigos excepcionales y que afectan la defensa, no resulta

fácil establecer parámetros para la admisibilidad de este medio probatorio, por ello hay que ser muy cautos en su utilización.

Hay que reconocer la necesidad de implementar una política criminal de protección de víctimas y testigos; pero respetuosa de los derechos fundamentales de todo justiciable, incluso de la misma víctima, por ello, es que las medidas de protección deben de estar orientadas más a aspectos de protección de testigos extraprocesales; para que sean compatible con las garantías procesales tales como el derecho de defensa, y con los principios de contradicción, confrontación e igualdad de las partes dentro de un proceso penal. Cumpliendo con los estándares de un juicio acorde a los lineamientos, que el mismo constituyente ha programado a nivel constitucional; además en consonancia con los principios que informan a un sistema penal acusatorio mixto, en donde se potencia todas las garantías judiciales a todos los involucrados en el proceso penal, dentro de esas garantías además del derecho de defensa, la de ser juzgado por un juez o magistrado imparcial, independiente, sin dilaciones indebidas y con prueba testimonial que no provenga de testigos anónimos.

La protección de víctimas y testigos, es un tema de trascendencia, puesto que afecta garantías judiciales como el derecho fundamental de defensa, que el mismo Estado ha asumido su compromiso de respetarlas y hacerlas cumplir al suscribir Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Con ello se pretende que los operadores del sistema de justicia estén conscientes de no permitir irregularidades en la admisión de testigos protegidos, evitando posibles arbitrariedades y no deslegitimar el debido proceso constitucional, exigido para las sociedades civilizadas.

La presente investigación documental o bibliográfica, de tal suerte que el método utilizado en la elaboración de la presente tesina, ha sido el estudio y análisis de fuentes bibliográficas con soporte científico, así como también se ha recurrido al análisis de jurisprudencia nacional. Consta de tres capítulos, en el primero de ellos se tendrá una visión general de la prueba testimonial, en cuanto a sus antecedentes, de éste medio probatorio, concepto de testigo y de testigo protegido, su naturaleza jurídica, su estatuto jurídico, la naturaleza de dicho medio probatorio, principios que informan a la prueba como la inmediación, contradicción, libertad probatoria, publicidad, declaración testifical como

acto de investigación, asimismo la declaración de testigo como acto de investigación y su deposición anticipada como medio probatorio.

En el segundo capítulo encontraremos la aplicación del régimen de protección a testigos y víctimas, los motivos de naturaleza jurídica, que inciden en su regulación legal, desde los primeros instrumentos jurídicos en que se venía regulando el régimen de protección en El Salvador, incluso Convenios a nivel Centroamericano, los principios que informan a este instituto jurídico, las medidas de protección, su procedimiento, la relación existente entre el testigo protegido y otras figuras como el testigo anónimo, así como algunas figuras procesales extraordinarias de investigación para delitos de crimen organizado o complejos, tales como testigo arrepentido y el testigo protegido.

Finalmente el tercer capítulo se hace un abordaje de la política criminal y su incidencia con el derecho de defensa al implementar el régimen de protección de testigos, importancia del derecho de defensa y su relación con el testigo protegido, lo cual debe de estar reservado al juez el control de las medidas de protección, producción de la prueba del testigo protegido durante el juicio oral y su valoración, tomando en cuenta que nuestro proceso penal se aplican dos sistemas de valoración de prueba como son el de íntima convicción y de sana crítica, pues al contar con sólo ese único medio probatorio en juicio, ha de considerarse como un indicio nada más para incriminar al imputado y nunca para establecer su culpabilidad así como los derechos de la víctima.

Las conclusiones del presente trabajo de investigación son: que el régimen de protección de testigos debe de fortalecerse para las personas que tienen calidad de testigos ordinarios y no para los testigos impropios como los que gozan de criterio de oportunidad, pues con ello, seríamos respetuoso de los principios que informan al debido proceso penal, al medio de prueba testimonial como son la oralidad, la inmediación, contradicción, publicidad; la normativa denominada Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos no está en consonancia con el Convenio Centroamericano para la Protección a las Víctimas, Peritos y demás sujetos que Intervienen en la investigación y en el proceso penal, particularmente en la Narco Actividad y Delincuencia Organizada, ya que en este último instrumento jurídico sí distingue la naturaleza de delitos que debe aplicarse y en la ley interna precitada no hace tal distinción.-

Las medidas de protección a víctimas y testigos, dificulta el aseguramiento de un Juez imparcial exigencia Constitucional, de Tratados sobre Derechos Humanos y del mismo Código Procesal Penal, porque al no conocerse la identidad del testigo, puesto que es identificado solo con una clave, no puede la defensa por ejemplo alegar recusaciones basadas en parentesco entre víctima y Juez; el programa de protección de víctimas, testigos y peritos puede ser administrado por ente administrativo y solo puede adoptar medidas de protección en forma provisional en la etapa investigativa pero en fase judicial debe de ser adoptadas por un Juez, ya que se tratan de limitaciones al derecho constitucional de defensa y además las medidas de protección deben de potenciarse las de naturaleza extraprocesal por no tener mayor incidencia en la afectación de garantías constitucionales.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A de C.	Antes de Cristo
Arts.	Artículos
C. Pn.	Código Penal
DADDH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre Derechos del Niño
Cn.	Constitución de la República
CNUCDOT	Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
D.E.	Decreto Ejecutivo
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública
LCODRC	Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja
LECA	Ley Especial Contra Actos de Terrorismo
LECrIm	Ley de enjuiciamiento Criminal
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LEPVYT	Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos

LPJ	Ley Penal Juvenil
LTECDYCO	Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado
PIDCYP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Pen.	Penal
Pr.Pn.	Código Procesal Penal
RLEPVYT	Reglamento de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

CAPÍTULO I

LA PRUEBA TESTIMONIAL

SUMARIO: 1. Antecedentes Históricos; 2. Concepto de Testigo; 3. Aproximación al concepto de testigo protegido; 4. Naturaleza de la Prueba Testimonial; 5. Estatuto Jurídico del Testigo; 5.1 Los Deberes del Testigo; A) Deber de Comparecer; B) Deber de Declarar; C) Deber de Decir la Verdad; 5.2 Las Exenciones del Deber de Testificar; 6. Principios de la Prueba Testimonial; 6.1 La Oralidad; 6.2 La Inmediación; 6.3 Contradicción; 6.4 Publicidad; 6.5 Libertad Probatoria; 7. La Declaración Testifical como acto de Investigación; 8. Declaración Testifical Anticipada.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sobre el origen histórico de la prueba testimonial, hay variadas explicaciones que nos indican cómo surge la idea de probar los hechos dentro del proceso penal¹, por medio de testigos², así se puede afirmar que una de las influencias históricas de este medio probatorio, lo podemos encontrar en el proceso Hammurabiano, donde se indica que los jueces dependían del dios de la justicia y su cuerpo legal era un código denominado de Hammurabi que funcionó en la antigua Mesopotamia, en el año 1760 A. de C. en dicho código se tiene la ley 9, donde ya se menciona a los testigos³; siempre se ha considerado la narración que hace una persona, uno de los mejores medios de reconstruir los acontecimientos pasados, es decir, una forma natural de conocer los hechos que acaecían, por ello el relato que se iba transmitiendo en forma oral de persona a persona, es como se daba la transmisión de los hechos, no se contaban con los avances tecnológicos de comunicación para acceder a los hechos como en la actualidad.

¹ La categoría conceptual de la figura procesal del testigo ha de indicarse que va a tener sus propias implicaciones hasta que tiene tal calidad, ya que la persona natural del testigo, lo es por cuestiones circunstanciales, no es que ande buscando serlo, en principio lo adquiere como consecuencia del desarrollo de sus actividades ordinarias, es decir, de su propia actividad, al ubicarlo como testigo por los operadores del sistema de justicia es que adquiere una trascendencia jurídica y de ahí nace la *vocatio* del juez de hacerlo comparecer aún en contra de su voluntad.

² MORENO CATENA, Víctor M., *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, Ed. Montecorvo S., Madrid, 1980, p. 23. La afirmación instrumental del tercero, la declaración del testigo, constituye el testimonio, el medio de prueba. Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar después, si bien no puede existir testimonio sin testigo, en cuanto es un acto del testigo, puede existir testigo sin testimonio; en tal sentido intentaremos llevar a efecto una visión del problema que nos puede introducir adecuadamente en el estudio de uno y otros, dado que el tema central de nuestro trabajo se reconduce a aquellos supuestos en que determinadas categorías de personas, que vienen al proceso como testigos, no prestan declaración –testimonio– por razón de secreto.

³ CÓDIGO DE HAMMURABI, Ley 9: “*si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: “un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos”; y el dueño del objeto perdido dice: “traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida”, el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; los jueces examinarán sus palabras. Y los testigos de la venta, y los testigos que conozcan la cosa perdida dirán ante el dios lo que sepan. El vendedor es un ladrón, será muerto. El dueño de la cosa perdida la recuperará. El comprador tomará en la casa la plata que había pagado*”. El texto de la Ley 9, del Código de Hammurabi puede consultarse en: biblioteca.filosofia.cu/php/export.php?format=htm&id=2403&view=1 (Fuente consultada con fecha 12 de junio de 2013).

En el ámbito judicial no se podía menospreciar esa forma de reconstruir los hechos, que tuvieran su propia connotación de presentarlos ante el Juez o Magistrado. De ahí surge la figura del testigo como órgano de prueba, conocido como un tercero para acreditar hechos objeto de la prueba⁴; es un medio de prueba que no requiere de mayor conocimientos técnicos de parte del declarante; siempre la prueba testifical ha estado basada en la confiabilidad de la palabra del hombre. Al temor a dios o a una divinidad omnipotente, tanto es así que si alguien miente ante un Juez es sujeto a una sanción, esto ya estaba regulado a partir de la Ley de las Doce Tablas que es considerado también como el código más antiguo de la civilización del Derecho Romano; que se ubica en los años 451 a 450 A. de C.⁵; siempre se ha considerado como una prueba histórica porque la persona natural del testigo través de su deposición y con su lenguaje explica al Juez como, donde y cuando fue el hecho pasado que narra verbalmente⁶, es decir, que percibió con sus sentidos y recuerda con su memoria con sus propias peculiaridades.

La prueba testimonial llegó luego a constituirse en toda una institución, pero para ello fue necesario que el mismo proceso, no fuera predominante la prueba de partes involucradas en el conflicto. Considerando como prueba de las partes, la declaración que por lo general era una confesión, no siempre una declaración de las partes va ser una confesión, porque en ocasiones puede serle favorable a la parte misma que declara *-pro se declaratio-*; la institución de la prueba testimonial no ha existido siempre al igual que el derecho de defensa, sino que el primero surge posterior a la figura que nosotros

⁴ SANTO, Víctor, *La Prueba y los Recursos en los Procesos Ordinarios y Sumarios*, Ed. UNIVERSIDAD S.R. L., Buenos Aires, 2010, p. 53. “ a) *Los hechos como objeto de la prueba. Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma este vocablo en sentido lato, es decir, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura (como puede serlo el alma y la bondad), y no en su significado literal, ni mucho menos reducido exclusivamente a sucesos o acontecimientos. Expresado de otro modo, esta palabra es comprensiva de todo lo que puede probarse para fines procesales*”. El tratadista citado aborda y entiende por hechos objeto de la prueba la conducta humana, los hechos de la naturaleza, la persona física sus características, los estados psíquicos de las personas, hace un enfoque amplio de hechos, que se debe o puede probar.

⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 2ª ed., Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 246. “*El testigo tiene pues la obligación de declarar y de hacerlo bajo juramento o promesa de decir verdad que constituye su tradición laica, en miras a asegurar la sinceridad y veracidad de sus declaraciones, por lo que la negativa de prestar uno u otro importaría negativa a declarar, con las consecuencias penales que ello apareja (Art. 243, cód. pen.). La exigencia del juramento existió ya en Roma. Vemos así que en la ley de las XII Tablas se sancionaba el perjurio con la pena capital, aunque más tarde se le consideró como una falsedad y la pena pasó a ser el destierro*”.

⁶ Es lógico pensar que si la persona del testigo da una declaración, sobre un hecho que ya ha sucedido, puede afirmarse que una característica de la prueba de testigos está dentro de la categoría de prueba histórica en que se apoyan las partes y el Juez para decidir sobre un hecho investigado y con su deposición se hace una reconstrucción de ese evento que es objeto del debate, pues en el momento del juicio por lo general ya no existen esos hechos.

conocemos como proceso, para ello fue necesario el desarrollo o evolución del proceso penal. Por lo que la prueba por medio de testigos surge como desmoronamiento, decadencia de las pruebas primitivas, como la tortura, de ahí nace el testimonio como prueba racional y más adecuada al fin del proceso, al desarrollarse el proceso igualmente se desarrolla la figura del testigo, en ese entonces para ello fue necesario que tuvieran un descredito generalizado los Juicios de Dios, que tuvieron su apogeo en el siglo XIII en Francia, es decir, que el testigo viene a sustituir los Juicios de Dios, propios de la Edad Media, época en la cual cualquier prueba se practicaba invocando la decisión divina⁷, a través de absurdas maniobras a fin de determinar la verdad de un hecho, como el duelo del hierro candente, la de encerrar en un ataúd, la inmersión durante el lapso relativamente prolongado, la de arrojar agua hirviendo en el cuerpo, entre otras, si el acusado o sospechoso salía indemne de estas pruebas terribles se le consideraba inocente⁸.

Hoy se puede afirmar que en un principio no se hablaba de medios probatorios como testimonial, documental, de informe, inspección, pericial, sino por el contrario lo que estaba institucionalizado en términos genéricos y como un medio probatorio era la "Tortura"⁹, luego la confesión, con el tiempo la tortura llegó a establecerse como delito, para evitar que personas que tienen la facultad y el poder de investigar usaran la tortura como prueba, el legislador nuestro así lo ha tipificado en el art. 366-A Inc. 1° del C. Pn¹⁰, regulaba ya esta conducta de tortura como delito¹¹. Es por ello que al no permitirse este

⁷ La evolución del medio probatorio denominado testimonial ha tenido importante recorrido a lo largo de la historia, iniciando con una gran influencia religiosa pues era considerado acto de constricción, tenían su basamento en la fe, creencias, hasta llegar ser toda una institución jurídica que el Estado se ha apropiado como un mecanismo de legitimar las sanciones penales que impone a sus súbditos, eliminándose la idea que la verdad era de origen metafísico, en la actualidad el testimonio descansa en un acto de credibilidad de su dicho, por ello antes de tomar la declaración se juramenta con un requisito legal.

⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ed. de J.M. Bosch, Barcelona 1999, p. 35. "2.1.2 Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba. Nuestra ley procesal penal rechaza las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza. Así, el artículo 389, párrafo 2° y 3° LECrim prohíbe en los interrogatorios del procesado la utilización de preguntas indirectas, capciosas o sugestivas, así como el empleo de cualquier género de coacción o amenaza. Entre los motivos que dan lugar al denominado recurso de revisión el artículo 9 54.3 LECrim menciona 'la confesión del reo arrancada por violencia o exacción', por su parte, el artículo 393 LECrim prohíbe los interrogatorios largos que pretendan hacer perder al procesado la necesaria serenidad del juicio, y el artículo 396.2 LECrim prohíbe al procesado cargos y reconvenciones".

⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948, suscrita por El Salvador, el 10 de diciembre de 1948. En su art. 5 literalmente establece que "Nadie estará sometido a tortura ni a penas crueles, inhumanas o degradantes." los Estados civilizados al ver que la tortura era un medio de prueba bárbaro tuvieron que regular su no aplicación y eliminan esa forma de establecer la verdad en el proceso, si alguien se le atribuye haber cometido un hecho punible debe de investigar por medio del Estado y no de la misma persona investigada debe de ser fuente de prueba.-

¹⁰ Art. 366-A Inciso 1° C. Pn.: D. L. N° 1030 del 26 de abril de 1997, D. O. N° 105 T. 335 del 10 junio de 1997.

medio de investigación inhumanos, se concibe a la institución de la prueba testimonial desde la Edad Media como un medio de prueba racional, humanista¹², es así como se infiltra dentro del proceso y es el más utilizado, así como adecuado para recordar, reconstruir los acontecimientos humanos que le plantean al juez, de ahí que la investigación de los delitos ha descansado en la prueba testifical¹³, no hay que dejar de reconocer que actualmente es objeto de cuestionamiento y se trata de darle preponderancia a la prueba de peritos o científica.

El surgimiento de la figura del testigo dentro del proceso penal, debemos concebirlo como un progreso dentro del sistema probatorio¹⁴, influenciado por el humanismo en la investigación de los hechos punibles, coadyuvando a la instauración del sistema probatorio por medio de testigos; se advierte que entre los dos sistemas de procesos fundamentales que conocemos el inquisitivo y el acusatorio el testigo tiene su propio desenvolvimiento, porque en el primero la investigación era más diligente y desapasionada en relación con el testigo; el segundo son presentados los testigos con previo

Y que entró en vigencia el día veinte de abril de 1998. *“El funcionario, empleado público, autoridad pública o agente de autoridad pública que, con ocasión de las funciones de su cargo, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otra, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, instigue, induzca o consienta tales actos o no impida su ejecución, será sancionado con prisión de seis a doce años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo”*.

¹¹ Como consecuencia de una reforma posterior, según D. L. 575 de fecha seis de enero del dos mil once y publicado en D. O. N° 70 T. 391 de fecha ocho de abril del dos mil once.

¹² Aquí encontramos una gran influencia del humanismo en la investigación de los hechos punibles en un Estado Constitucional, que defiende los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación por parte del mismo Estado, y es que las pruebas antes citadas como la tortura afectan directamente los derechos fundamentales y hoy todos los códigos penales de países civilizados y que se denominan Estados de Derecho Constitucional tipifican ese modo de encontrar la supuesta verdad como delitos y los mismos Estados han hecho un reconocimiento constitucional de esos derechos.

¹³ MORENO CATENA, *Op. cit.*, p. 68. *“Dentro de las pruebas en el orden penal, el testimonio se revela hoy como la más importante, tanto cualitativa como cuantitativamente. La extensión dedicada a la regulación de la prueba de testigos en la Ley de enjuiciamiento criminal -alrededor- de setenta preceptos en el proceso ordinario por delitos- viene a confirmar el hecho de que, suprimida la soberanía probatoria de la confesión y erradicada la utilización del tormento para con los reos y testigos (134), el testimonio aparece como el medio de prueba con mayor relevancia dentro del proceso penal; así lo contempla recientemente el Tribunal Supremo cuando, en la sentencia de 4 de marzo de 1972 (J. C. núm. 330) señala que la prueba testifical dentro del proceso penal se regula de manera muy amplia en su admisión al tener consciencia el legislador de ser posiblemente la fuente de conocimiento más importante de muchas y muy graves infracciones criminales”*.

¹⁴ Cuando se aborda el tema probatorio, lo que se quiere explicar es a partir de la prueba, es que nos, estamos refiriendo a una confirmación procesal y esto es pura y dura actividad probatoria y es lo que realizan las partes dentro del proceso cada quien probándole al juez sus respectivas pretensiones y con ello demostrar la veracidad de los hechos que son conducta humana, que es lo fáctico de la cuestión sometida a decisión de un juez imparcial, competente e independiente, en síntesis el sistema probatorio estará influenciado por principios probatorios donde el destinatario final de las pruebas será el administrador de justicia denominado juez, algunos le dicen que es el receptor de las probanzas que servirán para legitimar la decisión del juzgador.

conocimiento por las partes con el listado de los mismos, no hay sorpresas, vivifica el testimonio al someterlo a la luz del debate, puesto que es interrogado frente al juez y de las partes y no declara en privado como lo hacía en el sistema inquisitivo, que es un modelo de proceso y modelo de organización judicial inclusive, donde lo que prevalecía era escritura sobre la oralidad, el secreto sobre la publicidad, entre algunas de las características.

En sus orígenes el medio probatorio denominado testimonio, eran los que declaraban en calidad de órgano de prueba eran parientes o amigos del acusado, asistían al juramento de este y daban fe acerca de la veracidad acerca de lo afirmado ante el juzgador; posteriormente con el avance y desarrollo del proceso la prueba testifical se transforma tal como lo concebimos en la actualidad. Hoy en día la mayoría de juicios que se desarrolla y decide, es con la concurrencia de prueba testimonial en el debate; por ello las fuentes romanas sostenían: *“testimonio rumusus frequensac necesarius”* que quiere decir, que el uso de los testigos es muy frecuente y necesario, hoy en día pueden ser testigos todos aquellos a quienes la naturaleza no se los impida, ni la ley se los prohíbe, conocido en latín con la frase *“omnes testes ese possuntqui natura non impediun terneclege prohibur”*.

2. CONCEPTO DE TESTIGO

La institución del testigo ha sido objeto de innumerables definiciones o conceptos¹⁵, dependiendo del autor que lo haya abordado cada uno de los cuales ha dado lugar a hacer sus propios comentarios y construcciones; pero ello, es oportuno señalar que hay algunos criterios que suelen invocarse para poder identificar la figura del testigo; uno de los criterios está referido a considerarlo como un tercero es decir una persona distinta a los sujetos procesales¹⁶, por lo que es ajeno a las partes y al juez ¹⁷,

¹⁵ PÉREZ, Francisco Alonso, *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p 191. Citando a MORENO CATENA afirma: *“el testigo es una persona física, en todo caso ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional, a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un “status” procesal propio”*.

¹⁶ Debe de interpretarse como es lógico sí se menciona a un tercero es porque hay un primero y segundo, bien podría afirmar que el primer sujeto es el imputado porque, es precisamente con su acción u omisión que surge el hecho punible y como consecuencias todas la evidencias que se constituyen en pruebas posteriormente, y el segundo sujeto es el que tiene la calidad de víctima que es la persona que sufre una vulneración de un bien jurídico protegido por el legislador penal y el tercero es quien ha observado y percibe con sus sentidos lo que sucedió en la escena del delito y que es el testigo.

¹⁷ PALACIO, LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed., Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 472. *“Llamase testigo a las personas físicas, distintas de las partes, que deben declarar sobre sus percepciones o deducciones de hechos pasados”*.

aceptado en el sistema procesal penal. Pero que en el actual proceso penal moderno, el legislador secundario le ha dado un tratamiento diferente porque la víctima puede revestir la calidad de testigo, aún cuando es un tercero, porque que bajo ciertos presupuestos es un interesado art. 105¹⁸ y así lo viene regulando el Código Pr. Pn.¹⁹, incluso constituirse querellante sin eximirlo de ser testigo aun cuando ya tiene un interés, por ello el concepto original ha sufrido modificaciones con el mismo avance del proceso y la necesidad de que asuma un rol más activo, como sujeto de derechos y deberes que estatuye el art. 106 Pr.Pn²⁰.

La doctrina²¹ suele abordar la prueba testimonial²², dándole su propia naturaleza en relación a los demás medios probatorios, por eso se ha indicado que el testigo es insustituible, es decir, no puede declarar otro testigo por él²³, esto no es ajeno a cómo debe de construirse, un concepto del testigo bajo régimen de protección, porque siempre es el mismo medio probatorio con sus propias modalidades, en

¹⁸ Art. 105 Pr. Pn.: “*Se considera víctima: 1) Al directamente ofendido por el delito. 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, a los parientes dentro el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o al padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.3) A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada. 4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses*”.

¹⁹ CÓDIGO PROCESAL PENAL, Decreto Legislativo número 733, de fecha 22 de octubre de 2008, Diario Oficial número 20, tomo 382, publicado el 30 de enero de 2009.

²⁰ Art. 106 N° 10 literal e Pr. Pn. La víctima tendrá derecho: “*A qué se le brinde facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogada personalmente por el imputado, ni confrontado con él, cuando fuere menor de doce años, claro es una norma aplicable para menores de edad pero la víctima puede tener un doble rol como es el de testigo*”.

²¹ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 219. Testigo es quien, sin estar excluido de esa posición por un papel procesal de otro tipo, “debe de dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración”(RGSt 52,289).

²² CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p 468. “*Sabemos que testigo es toda persona que conozca los hechos sobre los cuales versa el proceso, sea que los haya presenciado o que ese conocimiento lo hubiese alcanzado por otros medios (referencia de terceros, lecturas, entre otros), en cuanto proceda de sus sentidos*”.

²³ NORES CAFFERATA, José I, *La Prueba en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ed. de Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 91. “*Incompatibilidades. No obstante la amplitud consagrada pero el art. 241, hay algunas situaciones de incompatibilidad que impiden la prestación de testimonio. a) La condición de Juez, fiscal o secretario es incompatible con la de testigo en el mismo proceso. 1) Si el conocimiento de hecho que se juzga es anterior a su posible intervención funcional, deberán excusarse de participar en tal carácter, pues como funcionario pueden ser sustituidos, no así como testigos (arts.55 inc. 1, y 63). 2) Si el conocimiento sobre el objeto de investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional, no podrá luego declarar como testigo en ese mismo proceso. Las hipótesis de flagrancia calificada de los arts. 371 y 390 no constituyen excepciones con respecto a este principio, pues si bien los magistrados podrán declarar como testigos acerca de los hechos delictivos cometidos en su presencia, su deposición será realizada en otro proceso, el cual no tendrán ninguna actuación funcional*”.

cuanto al control que se debe de ejercer sobre los testigos bajo régimen de protección, hay que ser ético y muy cuidadoso; porque al no conocerse la identidad no hay acceso a esa información y solo lo conoce la parte que lo presenta en este caso el fiscal o el querellante. Esto permite que puede en forma intencionada o no, cambiar al testigo sin que la defensa y el juzgador se percaten, que ello es muy delicado porque puede tener sus propias repercusiones hasta de índole penal, por ello es que es cuestionable este tipo de prueba testimonial con identidad reservada, ya que se afecta la publicidad propio, de los juicios de Estados democráticos, que reconocen en sus constituciones un juicio es justo en la medida haya acceso al mismo, no solo de las partes, sino toda persona que desee presenciar un juicio o vista pública, en el Código hay casos de reserva pero siempre el legislador los ha considerado excepcionales y pero ello, suele sostener la existencia de una publicidad absoluta y otra relativa²⁴.

Otros tratadistas²⁵ cuando abordan el concepto de testigo, lo hacen, desde la perspectiva ante quien rinden su declaración, es decir debe de ser ante un Juez o Magistrado y por ello afirman, para que hablemos del concepto de testigo debe de ser ante uno de tres órganos fundamentales del Estado²⁶, como es el órgano judicial, además que es una persona física que da información sobre percepciones de hechos pasados y realizados fuera del proceso²⁷, igualmente podrá sostenerse, si el testigo debe de declarar ante la persona que ejerce la jurisdicción, como consecuencia de ello, el destinatario de la prueba testifical que es el juzgador, no podrá tener el rol de testigo como una nota esencial; siempre tratando de identificar este medio probatorio como es el testigo la jurisprudencia nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, que tratándose de delitos contra la libertad sexual

²⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 97. “*La publicidad absoluta presupone de asistencia a las actuaciones procesales de cualquier miembro de la comunidad social; se trata pues, de una publicidad erga omnes. La publicidad relativa sucede, por el contrario, cuando tan sólo las partes en el proceso pueden tomar conocimiento de las actuaciones; a su vez, la publicidad relativa puede ser directa o activa e indirecta y pasiva: es directa si las partes están autorizadas a intervenir en la producción del acto procesal e indirecta, cuando una vez realizado el acto, se les da cuenta posteriormente de su contenido*”.

²⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal Tomo II*, Ed. Rubinzal-culzoni, Buenos aires, 1998, p. 313 Es prueba muy importante en el proceso penal, pero al mismo tiempo peligrosa para el descubrimiento de la verdad. Su fundamento moral se encuentra en la necesidad de acordar que el testigo por regla no intenta engañar; es lógico el aceptar como regla la coincidencia del relato con lo percibido. Debe de rendirse ante juez de la causa: judicialidad, y su cumplimiento está impuesto al testigo: imperatividad.

²⁶ Art. 86 incisos 1° y 2° Cn. “*El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas. Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial*”.

²⁷ PALACIO, Lino Enrique, *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 83. “*La prueba testimonial o de testigos es aquella que consiste en la declaración, prestada ante un órgano judicial, por persona física que no sea sujeto procesal necesario del proceso, acerca de sus percepciones y deducciones de hechos pasados concernientes al objeto sobre el cual aquél versa.*”

o indemnidad, se vuelve difícil que personas cercanas a la escena del delito colaboren con su declaración, la prueba testifical es la que rinde una persona que por medios de sus sentidos ha percibido un hecho objeto de investigación y lo hace ante juzgador, es una prueba directa, lo cual vendría hacer un elemento coadyuvante, que aproxima al concepto de testigo²⁸.

Existe una clasificación entre prueba directa y la prueba indirecta o indiciaria, basada, en la presencia o ausencia de inferencias, la primera versa directamente sobre el *tema probandum* persigue aclarar los hechos al juzgador de forma inmediata²⁹; algunos expositores del derecho como EUGENIO FLORIAN y EDUARDO M. JAUCCHEN a efecto de dar una idea del concepto testigo, como se comprenderá ninguno ha dado un concepto, que se pueda considerar completo pero incluyen elementos que son comunes como que se trata de una persona física, su condición jurídica de tercero en la relación jurídica procesal, que declara en un proceso penal, ante juez, sobre lo que ha percibido sensorialmente, para tratar de dar una aproximación al mismo, así se ha indicado que se va entender por testigos por parte de los tratadistas, la legislación y jurisprudencia misma, sin que haya coincidencia en su integralidad pero sí hay que reconocer que existe un acercamiento del tema estudiado³⁰; igualmente debemos de comprender por testigo vinculado a órgano de prueba, por ello se ha indicado que: *“Es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado. Es el órgano de la prueba*

²⁸ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPRUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 426-CAS- 2006, dictada el día 19 de Junio del 2008. La Sala sostuvo: *“En abono a lo anterior , es menester tomar en consideración la naturaleza de la infracción penal que ha sido objeto de juzgamiento, la que por ser un delito de los denominados “de alcoba”, dadas las condiciones en que tiene lugar su consumación, resulta difícil, o imposible, disponer de testigos más allá del relato de la propia víctima. Frente a este limitante, el tribunal debió ponderar que la declaración de la menor, constituye prueba directa, por lo que no precisa de ulteriores elementos indiciarios, siendo ésta la regla general, salvo el caso del partícipe arrepentido, donde su interés personal en excluirse del juzgamiento penal supone una valoración exhaustiva de la credibilidad de su dicho, lo que obliga a cotejar su relato con adiciones indicios y el resto de elementos probatorios disponibles, no siendo ese el caso de mérito”*.

²⁹ GASCON ABELLÁN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Ed. Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003, p. 206. *“Prueba directa se identifica con la histórica, es aquella 1º) en la que el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba y 2º) es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues-hay que suponer, aunque no siempre se diga-la prueba versa directamente sobre el mismo. Por asimilarse la prueba directa a la histórica, los casos típicos de prueba directa son la testimonial y la documental”*.

³⁰ FLORIAN Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1998, p.83. *“...para determinar el concepto sustancial de testigo y de testimonio, es necesario buscar e incluir en él los elementos indefectibles, mínimos, que sirven para caracterizar e individualizar a uno y a otro. Nos parece que los elementos, para mayor claridad referidos al testigo, son los siguientes: 1º) el testigo es una persona física, 2º) a quien se le haya citado al proceso penal, 3º) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel, 4º) con el fin de establecer una prueba”*.

testimonial. Según se ha indicado, la palabra latina *testis* alude al individuo que según se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen³¹.

3. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TESTIGO PROTEGIDO

Es necesario siempre que se hace el abordaje de una figura procesal, un concepto, por ello, en cuanto al alcance de la denominación del testigo protegido igualmente se debe, al menos dar algunos parámetros, de lo que se ha entender por dicho medio probatorio. No se puede asignar un único concepto de testigo protegido, pues siempre estará condicionado a varios factores, en primer lugar la literatura forense aún no se ha atrevido a hacer una formulación de un concepto de testigo protegido³²; pero se puede sostener es aquella persona que ha de declarar en un proceso penal, como testigo propiamente dicho, y que el Estado ha decidido someterlo a cierto régimen de protección, porque dadas ciertas circunstancias existen fundados peligro para vida del testigo, familiares, sus bienes y dicha persona se somete al régimen jurídico de la protección de testigo. El Estado le da esa categoría ante la necesidad de ese medio probatorio y hay un aspecto relevante como es la obligación de proteger las fuentes de prueba para evitar que sufran atentados y además que ingresen al proceso con su genuinidad requerida y sin manipulaciones³³. Esta circunstancia de no tenerse un concepto de testigo protegido puede estar justificado, a la variabilidad que puede sufrir esta figura procesal, tomando

³¹ JAUCHEN, Eduardo M., *La Prueba en Materia Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 107. En un sentido muy genérico podríamos decir que testigo es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado. Es el órgano de prueba testimonial. Según se ha indicado, la palabra latina *testis* alude al individuo que se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen. De modo que el testigo está llamado a deponer sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos en forma directa. No es acertado sostener que sólo habrá de referir al juez sobre circunstancias que ha visto y oído, restringiendo de este modo el concepto el concepto para quienes solo hayan percibido por esos dos sentidos. Pues bien pueden atestiguar aquel que privado de los mismos ha percibido algún hecho o cosa relevante para la causa por medio de otro sentido (olfato, gusto, tacto); siendo entonces atinada la concepción de quienes como Manzini aluden genéricamente a “percepciones sensoriales” sin ninguna restricción en especial.

³² Así tenemos las obras de LILIA MÓNICA LOPEZ BENITEZ *Protección de Testigos en el Derecho Penal Mexicano* Y EDGARDO HENRY ORTIZ RICAURTE, “*La Protección del Testigos*”, solo mencionan su justificación, ese es el enfoque donde se centran, no en el concepto.

³³ MORENO CATENA, Víctor, “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español”, en *Revista Penal*, Ed. Praxis S. A., Barcelona, 1999, pp. 58-67. En relación a la protección de testigos ha sostenido: en diversos ordenamientos se contienen, con diversa intensidad y sentido, las medidas positivas de protección de las fuentes de prueba, con el fin de evitar su destrucción, ocultación o manipulación. Con independencia de la custodia de los poderes públicos de las fuentes materiales de prueba en el curso de un proceso penal, esencialmente los documentos, así como de las medidas de aseguramiento de los instrumentos y efecto del delito y de las piezas de convicción que pueden utilizarse, las fuentes personales de prueba —es decir, la llamada al proceso de una persona para proporcionar sus conocimientos sobre los hechos debatidos— son las que están sujetas a mayores contingencias, por la facilidad con que se pueden influir en la fuente probatoria, o cambiar el contenido de sus manifestaciones.

en cuenta su rol que juega el mismo testigo, que algunas veces es un testigo natural, otras veces es un testigo impropio.

Cuando se aborda el concepto de testigo protegido³⁴, hay identificarlo como toda persona natural que posee información sobre un hecho punible objeto de investigación y tiene la voluntad de declarar pero como ante el temor de que se le pueda atacar contra su vida, por esa información que posee y brindará al Juez competente en materia penal, dentro del proceso, es necesario su protección Estatal, porque puede o ha sido objeto de amenazas u otros atentados en contra de su persona, bienes, o familiares cercanos. Y como es útil este órgano de prueba extraordinario que el Estado recurre en la persecución de hechos punibles debe ser únicamente para delitos graves, de crimen organizado y de otra manera le sería difícil su combate, porque este tipo de delincuencia atemoriza a las personas que han de declarar en su contra, de conocer donde residen o se desenvuelven cotidianamente estos testigos, y al estar sin la asistencia de un programa de protección, lo más seguro es que se abstendría de declarar, pero se ha abusado de esa figura por parte del ente acusador y se ha dado esta categoría a testigos arrepentidos³⁵.

En todo caso, ante la amplitud y abuso de esta figura procesal los que no quedan comprendidos, dentro del concepto de testigo protegido son los testigos anónimos³⁶, que son aquellos que no se puede

³⁴ ORSI, Omar Gabriel y RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, Transparencia, Acceso a la Información y Tratamiento Penal de la Corrupción, 1ª ed., Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011, pp. 91-92. “Respecto a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, se afirma, desde un plano estrictamente procesal esta Convención es muy rica puesto que además de incidir en la clave para el enjuiciamiento de estas conductas está en la independencia e integridad del Poder Judicial y del Ministerio Público, recoge, por una parte, gran cantidad de medidas y derechos y garantías, quizás no con el orden y claridad que debiera –derecho de defensa y a la presunción de inocencia, establecimiento de inmunidades y privilegios procesales que no restrinjan el enjuiciamiento, medidas cautelares personales y reales (embargo, incautación y decomiso), mecanismo de protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes, y colaboración con la administración de justicia de partícipes, terceras personas, órganos y funcionarios públicos y órganos y personas del sector privado- y por otra un mini código de cooperación internacional en los artículos 43 a 50, que en materia de decomisos y recuperación de activos tiene que ser completado por lo previsto en los artículos 54, 55,59”.

³⁵ GUAYRAUD, Jean-Francois, El G9 de las Mafias del Mundo, S. Ed., Ed. Tendencias Editores, Barcelona, 2007. “Hemos de señalar que la política de los arrepentidos ha dado resultados judiciales ambiguos. Es evidente que ha traído consecuencias positivas: a día de hoy, ha sido el único medio para detener a mafiosos importantes. Además, al margen de los éxitos judiciales, los testimonios de los desertores han arrojado mucha luz sobre el mundo de las mafias. Sin sus declaraciones, este universo seguiría siendo un misterio y la mayoría de los analistas continuarían negando su existencia. Sin embargo, resulta preocupante la supervivencia de estas entidades criminales, a pesar de las traiciones reiteradas. La resistencia a tantos golpes legales dice mucho de la capacidad de regeneración espontánea de las mafias y su solidez frente a la ley”.

³⁶ En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de octubre del dos mil dos, indica que “ Otra práctica denunciada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como contraria al derecho de ser juzgado por un tribunal competente,

conocer su identidad física ni nominal dentro del proceso³⁷; no son compatible con un debido proceso. Es de hacer notar que el juzgador y las partes pueden tolerar que el testigo pueda, bajo ciertas circunstancias, estar con una reserva de identidad³⁸ a puertas cerradas por seguridad³⁹. Pero para delitos de crimen organizado o transnacional. Es decir, buscar la compatibilidad del testigo protegido con las normas de derechos fundamentales⁴⁰ y las garantías mínimas que deben de respetársele a toda persona acusada, ello conlleva una armonización de las normas de la constitución, de los tratados sobre derechos fundamentales con los principios de asistencia y representación, es decir, que la

independiente e imparcial es el uso de los sistemas judiciales "sin rostro", principalmente debido a que el anonimato de los fiscales, jueces y testigos priva al acusado de las garantías básicas de la justicia. El acusado, en tales circunstancias, no sabe quién lo está juzgando o acusando y, por lo tanto, no puede saber si la persona está calificada para ello, ni puede saber si existe algún fundamento para solicitar la recusación de esas autoridades alegando incompetencia o falta de imparcialidad. El acusado tampoco puede realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, si no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos en cuestión. Por estas razones, el uso de sistemas judiciales secretos ha sido catalogado por la Corte y la Comisión como una flagrante violación de la garantía esencial del debido proceso a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, y de la garantía relacionada con el carácter público de los juicios penales".

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25 de noviembre del 2005 del caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, estableció en el fundamento 154 "La corte considera, como lo ha hecho anteriormente y tomando en cuenta el reconocimiento de hechos anteriores a septiembre 2000 por parte del Estado, que el artículo 13.c del Decreto Ley N° 25.475 aplicado a este caso, impidió ejercer el derecho a interrogar a los testigos en cuyas declaraciones se sustenta la acusación contra la presunta víctima por lo anterior, el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson García Asto.

³⁸ MAFFUCHI MOORE, Javier, "Los testigos de Identidad Reservada", publicado en AA.VV., *Garantías Constitucionales en la Investigación Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 383-392. Se vislumbra una postura no absolutamente restrictiva en cuanto a los controvertidos testigos de identidad reservada. Por ejemplo, ninguno de los magistrados opinantes en el fallo "Garcilazo" califica de ilegal o inconstitucional esa clase de testimonios, es cierto que no les asignan valor probatorio autónomo, mientras su identidad permanezca oculta, a los efectos de la prisión preventiva, y sólo le reconocen un valor restringido a los fines de la prevención del delito o la orientación de pesquisas, pero no para sustentar en solitario, una medida de cautela personal como el auto de prisión preventiva.

³⁹ GARRETÓN, Roberto, "Avances y Limitaciones de los DESC en el sistema Universal", publicado en AA.VV., *IV Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2007, p. 75. El derecho a la seguridad consiste en la certeza del goce de todos los derechos humanos, y en este sentido es un derecho integrador de todos los demás. Mientras el ciudadano no sienta asegurados sus derechos a no ser discriminado, no ser encarcelado arbitrariamente, no ser víctima de delitos, no ser torturado; su derechos a saber qué va a comer esta noche, y que sus hijos serán educados gratuitamente, y tendrán atención de salud, va a buscar esa seguridad recurriendo al delito, con lo que va a comprometer la seguridad de todos los demás. O va buscar alivio en la droga. O será impulsado a la rebelión.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, 1ª ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 130-131. "Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos. Este argumento no es sólo de gran interés porque añade uno más a las dos fundamentaciones expuestas para los derechos fundamentales y los derechos humanos. Su verdadero significado está en que dirige la mirada, de los derechos fundamentales y los derechos humanos, hacia los procedimientos e instituciones de la democracia y hace patente que la idea del discurso sólo puede analizarse en un Estado constitucional democrático, en el que los derechos fundamentales y la democracia, a pesar de todas las tensiones, entre en una inseparable asociación. La teoría del discurso permite en efecto no solo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del Estado Constitucional democrático".

intermediación del abogado que ejerce la defensa y representa al acusado, este sí debe de tener acceso a la identidad del testigo, de lo contrario estaríamos en presencia de una prueba irregular, que no serviría de base para construir una sentencia condenatoria para el acusado.

4. NATURALEZA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Al abordar el tema de la naturaleza de este medio de prueba, debemos de concebir lo que se quiere indicar, cuales elementos o contenido le identifican y a su vez lo diferencia de los demás medios de prueba para orientar cuál es su naturaleza⁴¹, algunos tratadistas como JOSE MARIA CASADO PEREZ, al tratar este tema afirman que es un medio procesal de prueba, eso es cierto, pero fijándonos a su propia naturaleza jurídica ha de indicarse además es una prueba de carácter personal porque la fuente de prueba es una persona, indirecto relata un hecho pasado al juzgador, interviene ante un juez y sirve para lograr la convicción judicial sobre pretensiones probatorias; por ello, se debe de inclinarse en afirmar, que es una prueba dada por persona natural⁴² con nombre y apellido e insustituible, narra hechos percibidos directamente por sus sentidos, claro excepcionalmente se admite la prueba de testigos de referencia⁴³, que declara sobre lo dicho por otro testigo que sí percibió por sus sentidos.

Otra nota esencial de la naturaleza, es la de ser una prueba dada por una persona natural y por ello cuando se hace la fundamentación descriptiva de la prueba en la sentencia, se cita el nombre y apellido del testigo, y es porque hay personas jurídicas, estas últimas no pueden ser testigos sencillamente porque no pueden hacer una percepción sensorial y como consecuencia no podrían dar una declaración expresa, y una de comunicación de viva voz, tampoco tiene esa capacidad de hacerlo. Por ello se

⁴¹ ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 4ªed., Ed. Rubí, Madrid, 1983, p. 30. En cuanto a la naturaleza, el testimonio tiene, en el acto del proceso propiamente dicho, carácter de medio procesal de prueba y no de investigación de datos, como ocurre en la instrucción preliminar.

⁴² LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL, D.L. N°450, del 22 de febrero de 1990, D.O. N° 103, Tomo 307, publicado el 4 de mayo de 1990. Derecho al Nombre art. 1 “*Toda persona natural tiene derecho al nombre que usa legítimamente, con el cual debe individualizarse e identificarse*”.

⁴³ CATENA, Víctor y CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ªed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 398. “ El testimonio de referencia en muchos casos supone eludir la contradicción sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de persona que no ha comparecido en el proceso, por lo que, como defiende la jurisprudencia (STS de 27 de febrero 1998), como criterio general cuando existen testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe de oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia, y cuando exista la fundada sospecha de que los testigos presenciales puedan ausentarse al extranjero se habrán de tomar medidas para preconstituir la prueba anticipada”.

sostiene que es una declaración de persona natural⁴⁴ y los cuerpos legales como el Código Procesal Penal al referirse a esta prueba solo afirman que proviene de una persona de ahí que hay necesidad de esclarecer a qué tipo de personas se refieren; de lo anterior podemos sostener que la prueba testimonial tiene su propia connotación que lo distinguen de otros medios probatorios por ello se considera un medio de prueba personal histórica porque da información sobre hechos pasados y donde el destinatario, es el Juez, de ahí que se convierte en un acto jurídico procesal porque interviene la voluntad humana, en primer lugar, porque tiene toda una regulación legal la persona del testigo, además, porque presupone la existencia de un Juez, una forma procesal en que debe de declarar, y las consecuencias de la falsedad de su declaración, consiste en la posibilidad de ser procesado por el delito de falso testimonio, y asimismo, con su declaración puede modificar el estatus de inocente del acusado.

Lo esencial hace de este medio de prueba se diferencie de los demás, es que solo una persona natural puede tener esta característica de ser testigo, pero que haya presenciados hechos necesarios para acreditarse dentro del proceso⁴⁵, en consecuencia declara sobre hechos pasados porque son hechos ya percibidos, hechos consumados fuera del proceso, es decir los percibe sin saber si va existir proceso, porque el Estado no todos los hechos punibles persigue no tiene esa capacidad, debemos de indicar que la calidad de testigo se adquiere como consecuencia de un proceso, nunca la persona elige ser tal sino que los hechos le vienen a dar tal calidad, siempre y cuando surja un proceso investigativo donde se le vincule⁴⁶ por cualquiera de las partes y excepcionalmente por el juez como prueba para mejor proveer.

⁴⁴ Art. 359 Inc. 1° Pr.Pn., *“Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación de nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado. Es de aclarar que las personas jurídicas no tienen profesión de ahí que es fácil interpretar que el legislador secundario se está refiriendo a la persona natural obviamente”*.

⁴⁵ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 469-CAS-2006, dictada el 6 de enero del 2009. *“...Sin embargo, de tal razonamiento, resulta evidente que el sentenciador no tomó en cuenta que si bien es cierto, el dictamen psiquiátrico determino que la víctima adolecía de incapacidad, también lo es que ella supo darse a entender perfectamente respecto a lo que le había sucedido, no obstante su incapacidad. Al respecto este Tribunal considera que, el hecho que la víctima adolezca de un “retardo mental” no significa que deba restársele la credibilidad que su testimonio merece, máxime cuando ella narra lo que le ha ocurrido, y que para su comprensión no se requiere de un conocimiento pericial”*.

⁴⁶ Por ello se afirma que la tarea del juez va a depender del accionar de las partes en materia penal, que es un derecho público y al juez le toca aplicar las normas jurídicas a hechos ya consumados, y que se plantean como un suceso de la vida, que es real y que puede enmarcarse en una norma jurídica, los testigos no están para probar hechos imaginados y para su constatación se requieren de pruebas a manera de ejemplo de testigos, he ahí la necesidad de la prueba testifical para que explique cómo fue que se realizó, ese es un acto de comprobación.

5. ESTATUTO JURIDICO DEL TESTIGO

Como ya se ha afirmado el testigo viene a ser el órgano de prueba, por ello se sostiene, que el medio de prueba testimonio está sujeta a los presupuestos jurídicos de la prueba en general. Y se encuentra vinculado a derechos y deberes que están previamente determinados en normas jurídicas; en primer lugar, el derecho a la prueba lo regula la Constitución ⁴⁷ como norma primaria⁴⁸, en términos generales porque la norma constitucional en los arts. 11 y 12 Cn., aunque se refiere a la necesidad de la prueba de la culpabilidad, no regula expresamente los medios probatorios; pero si aceptamos que nuestro proceso penal es de una configuración constitucional y que somos respetuosos del debido proceso, ha de aceptarse que el derecho a la prueba tiene asidero constitucional⁴⁹. Congruente con lo anterior, los tratados internacionales sobre derechos humanos, que son parte del ordenamiento jurídico interno, establecen, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en el art. 8.2 literal “f” ⁵⁰, las garantías judiciales como el derecho de la defensa a interrogar testigos; asimismo, el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 14. 3 Lit. “e”⁵¹, derecho a interrogar testigos de cargo y de descargo; como podrá advertirse estos instrumentos internacionales regulan la prueba testimonial, para ambas partes, es decir para el ente acusador y la defensa.

⁴⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Constituyente Número 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

⁴⁸ CEPEDA E., Manuel J., *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 6. “¿Cómo interpretar los derechos? un nuevo papel del juez. Al ser toda la Constitución norma jurídica y al tener todos los derechos fuerza jurídica, cada juez tiene ante sí la noble tarea de interpretarlos para darle vida en casos concretos. Sin embargo, con una lectura rápida de la Carta de Derechos se puede apreciar que la letra de sus normas es muy diferente a la de los artículos de los códigos y leyes usualmente invocados en los procesos penales, laborales, civiles y contencioso-administrativos. Las normas de la Carta de Derechos no se prestan a la interpretación silogística ni a las reglas de la hermenéutica tradicionales. Por eso el Juez inevitablemente tiene que asumir un nuevo papel, para resolver un caso a la luz de los derechos constitucionales y una actitud interpretativa distinta frente a las normas constitucionales y también frente a la capacidad de la Carta de Derechos para penetrar en esferas de la vida tradicionalmente ha sido consideradas ajenas al derecho público”.

⁴⁹ Art. 12 Inc. 1º Cn. “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. No está de más indicar que el constituyente lo que exige es que mientras no se pruebe con cualquier medio de prueba incluyendo la testifical toda persona que tiene calidad de imputado es inocente.

⁵⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Aprobada el 22 de noviembre de 1969, Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo número 5, de fecha 15 junio de 1978, publicado en el Diario Oficial número 82, de fecha 05 de mayo de 1995. Art. 8.2 Garantías Judiciales. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho a la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

⁵¹ A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Además encontramos otras normas siempre relacionadas con la prueba testimonial como es La Ley Especial Contra Actos de Terrorismo en el art. 45⁵², donde bajo ciertos presupuestos el Juez autorizará una forma especial de recibir el testimonio, como el uso del distorsionador de voz. Esta modalidad afecta derechos fundamentales, por ello se requiere habilitación judicial, en consecuencia no puede aplicarse en forma automática o arbitraria; de igual manera ha de procederse con el testigo protegido aun cuando la ley especial no lo indique. Otra norma que de alguna manera regula la prueba testimonial, es la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas en su art. 57 inc. 1º⁵³, referido a los investigadores policiales que tendrán calidad de testigos.

Hay que referirse obligadamente a lo que regula el título V capítulo III del Código Procesal Penal que se denomina “PRUEBA TESTIMONIAL” y donde más completamente esta su regulación como tal, pero igualmente podemos encontrar otras disposiciones dispersas en el Código Procesal Penal, que regulan, lo relativo a la prueba testimonial, en el tema de testigo-víctima el art. 106 N° 10 literal e) Pr.Pn⁵⁴, cuando se refiere a testigos que tenga la calidad de niña o niño, vamos a entender por tal lo regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y más específicamente lo estatuido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su art. 3 Inc. 2º⁵⁵ y durante el desarrollo del juicio o vista pública ante la incomparecencia de la persona del testigo da lugar a una suspensión del desarrollo del mismo⁵⁶, sin que por ello se pueda sostener que se violenta el principio de concentración del debate y del juicio.

⁵² Art. 45 LEAT “Será admisible como prueba la declaración del agente encubierto, víctima o testigo efectuada a través de medios electrónicos que permitan el interrogatorio en tiempo real y con distorsionador de voz e imagen cuando por razones justificadas no estuvieren disponibles para realizarla en persona ante la autoridad competente. Esta medida será ordenada por el juez, a petición de cualquiera de las partes”.

⁵³ Art. 57 Inc. 1º Pr. Pn. “Los Miembros de la División Antinarcóticos, cuando sus actos sean necesarios en la investigación que efectúen en relación a las conductas descritas en el capítulo IV de esta ley, tendrán la calidad de testigos y no de imputados, siempre que actúen dentro de las órdenes y autorizaciones que por escrito les dé el jefe de la División de Antinarcóticos el que haga sus veces en ese momento”.

⁵⁴ Art. 106 N° 10 Pr. Pn. La víctima tendrá derecho, cuando la víctima fuere menor de edad: “Lit. e) A que se brinde facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con él, cuando fuere menor de doce años”.

⁵⁵ LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. 839, del 26 de marzo de 2009, D.O. N° 839, Tomo 386, publicado el 16 de abril de 2009. Art. 3.-Definición de niña, niño y adolescente. “Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

⁵⁶ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 325-CAS-2006, dictada el 21 de enero del 2009. La Sala estableció: “... Debe señalarse que es en la misma acta en la que se documentó la audiencia, donde también se emite la resolución impugnada, sin que aparezca petición o

5.1 LOS DEBERES DEL TESTIGO

Como ha se ha indicado en párrafos precitados, la calidad de testigo conlleva una carga para la persona que ha de rendir una declaración ya sea en sede administrativa solo para efectos de investigación, puesto que esta declaración se le denomina entrevista. O su declaración puede ser ante un Juez o Magistrado como consecuencia de un juicio y tendrá la calidad de prueba testimonial. Pero en ambos casos, no tiene la autonomía de la voluntad de decidir si comparece o no, sino que por el contrario tiene la obligación de comparecer al llamado que le hará el ente investigador o el juzgador, esto es presupuesto para que luego le nace la obligación de declarar⁵⁷; hay que reconocer la influencia que tiene el interés público⁵⁸ y de ahí que tanto el Fiscal como el Juez tienen que hacer uso de la coerción, para que comparezcan y declaren los testigos; igualmente tienen los deberes de prestar juramento antes de declarar, declarar sobre la verdad de los hechos que han percibido⁵⁹, de ahí que podemos afirmar con certeza que al testigo se le impone un deber de colaborar con la administración de justicia y por ello también debe de ser tratado con respecto como persona que es, ya que la norma primaria le reconoce su dignidad.

A) DEBER DE COMPARECER

Un primer deber, al que se encuentra sometida la persona del testigo, es asistir al llamado judicial, y se

incidente de parte de representación fiscal solicitando la suspensión de la vista pública durante el lapso necesario para ubicar y conducir a la testigo, aunque sí aparece las consideraciones del tribunal acerca de dicha posibilidad, la que al final descartan”.

⁵⁷ ASCENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant Lo Blach, Valencia, 1998. En relación al deber de declarar ha sostenido: los testigos están obligados a declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado. La infracción a este deber, esto es, la negativa a proporcionar al órgano judicial la información solicitada dará lugar a la imposición de dos tipos de sanciones: una la prevista en el art. 420 y que consiste en la imposición de la multa a que se contrae el precepto; otra, la correspondiente a la comisión de un delito de desobediencia grave previsto y penado en el art. 556 CP.

⁵⁸ ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Tomo I, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1984, p. 47. “Principio de interés de la prueba. Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en éste, en la acción y en la jurisdicción, a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción”.

⁵⁹ DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal*, Volumen II, 4ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1997, p.62. El hombre se inclina naturalmente a decir la verdad, y antes de incurrir en mentiras, tiene que luchar con el sentido moral. Es esta, moralmente, la base genérica de la credibilidad del testimonio. Ahora bien, siempre que en una condición personal se encuentre la revelación de la pérdida o de la debilidad del sentido moral, esto es, la manifestación de la pérdida o debilidad de ese obstáculo que Dios puso en la conciencia humana contra la mentira, siempre que se descubra en una condición personal una revelación como esa, habría legítimo derecho de sospechar en el testigo una posible intención de engañar, a propósito de todo y de todos.

regula expresamente en el Código Procesal Penal en el art. 203 parte primera⁶⁰. Ello ha de indicarse previamente que tuvo que haber sido propuesto por las partes, solo excepcionalmente lo puede hacer el Juez de oficio bajo la modalidad de prueba para mejor proveer⁶¹. Esta obligación no es automática, sino que nace con la resolución en la cual se admite al testigo, y como consecuencia, con la citación, que es el llamamiento para que luego rinda su respectiva declaración, ya que la justicia lo requiere; por lo que se vuelve un imperativo para el testigo al tener tal calidad, de lo contrario será útil y necesario el uso de la seguridad pública⁶² para hacerlo comparecer coactivamente. La incomparecencia debe de apreciarse como una actitud renuente del testigo al verificar que en realidad ha sido citado, porque puede darse el caso que no tenga conocimiento de dicha citación, por ejemplo, en caso que la cita se haya hecho efectiva por medio de un vecino o un familiar y no hubo tal comunicación entre el testigo y esas personas, por lo que la situación de traer al testigo en forma coercitiva, debe de ponderarse y cerciorarse previamente de que en realidad se dio la citación tal como lo dispone el art. 165 Inc. 2° Pr. Pn⁶³.

El legislador secundario ha establecido que, bajo ciertos presupuestos procesales, esta obligación de comparecer puede tener ciertas excepciones, unas vinculadas a la dignidad del cargo⁶⁴; un segundo supuesto es por cuestiones humanitarias, y es lo relativo a la salud como puede ser un impedimento físico⁶⁵ de la persona del testigo. En ambos casos, el Juez puede concurrir al domicilio del testigo o

⁶⁰ Art. 203 Pr.Pn. Obligación de testificar. *“Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial...”* de no estar presto a cumplir con tal mandato deberá por parte del juzgador hacer uso de la coercibilidad, para hacer llegar por medio de los miembros de la Policía Nacional Civil con la colaboración de la parte procesal que lo ha propuesto.

⁶¹ Art. 362 No 10 Pr.Pn. Resolución. *“Inmediatamente después de finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas, y, en su caso: (...) No. 10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública, también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible”.*

⁶² SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 417-CAS-2006, dictada el 9 de enero del 2009. La Sala argumentó *“... de modo que la solicitud planteada por la defensa del procesado durante el plenario no debió haberse autorizado en los términos que lo razonaron los sentenciadores; pues, en todo caso, si el defensor consideraba como indispensable la declaración del mencionado testigo, tendría que haber solicitado oportunamente la suspensión de dicha audiencia, de conformidad con el art. 333 N° 3 Pr. Pn., y requerir a los juzgadores el procedimiento que señala el art. 350 del citado cuerpo legal, para que se ordenara su comparecencia a través de la seguridad pública.”*

⁶³ Art. 165 Inc. 2° Pr. Pn. Citación. *“En todo caso, se le hará saber el objeto de la citación y el procedimiento en que éste se dispuso, se le advertirá que si no obedece la orden, será conducido por la seguridad pública y pagará las costas que causen, salvo justa causa”.*

⁶⁴ Art. 214 Pr. Pn. Tratamiento Especial. *“Los presidentes de los órganos del Gobierno, serán interrogados en sus oficinas, si por razones urgentes de su función no pueden concurrir a prestar declaración. No estarán obligados a comparecer y podrán declarar por medio de informe escrito, bajo juramento, los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país”.*

⁶⁵ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 314. *“Pueden abstenerse de concurrir al llamamiento del tribunal penal: 1) los que tienen derecho a deponer por informes; 2) los que por impedimento físico deben de ser examinados en su domicilio”.*

designar al Juez del lugar; al respecto se tiene dos normas que son los arts. 216 y 377⁶⁶ ambos Pr. Pn., siendo éste último que estatuye cómo se ha de proceder en caso de que haya algún obstáculo para comparecer al lugar de la sede judicial donde se le requiere y tiene obligación de apersonarse. Otros, como los presidentes de los órganos del Gobierno, pueden rendir su declaración en su despacho oficial o dar por escrito su declaración.

B) DEBER DE DECLARAR

Aquí se manifiesta el deber de testimoniar como una obligación para el testigo y una carga para la parte procesal que lo ha aportado, siendo un imperativo procesal. Es un deber procesal para el testigo, por haber sido citado para tal efecto, por la autoridad judicial, al haber tenido conocimiento de ciertos hechos que pueden provenir de conductas humanas, de la naturaleza, de cosas materiales; como estamos en un proceso penal ha de indicarse que prevalece el interés público sobre el privado, esto se trae a colación ante la posibilidad de que la persona del testigo llegue por medio de la seguridad pública. Con lo cual se estaría aplicando un vis compulsiva, pero ya estando en estrados, puede darse la eventualidad, de que no colabore con la administración de justicia y no quiera declarar, ante esta circunstancia debe de aplicarse otro mecanismo más riguroso ya que tal conducta del testigo se enmarcaría en el delito⁶⁷ de Desobediencia a Mandato Judicial⁶⁸, por ello, se ha considerado la obligación de declarar como un deber civil para asegurar la seguridad jurídica y el orden público⁶⁹.

⁶⁶ Art. 377 Inc. 1° Pr. Pn. Imposibilidad de Asistencia. *“Las personas que no puedan concurrir a la audiencia por un impedimento justificado, serán examinadas en el lugar en donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal o por medio de comisión a otro juez, garantizando la participación de las partes, cuando así lo soliciten. De dicha declaración se levantará un acta para que sea leída en la audiencia”.*

⁶⁷ CÓDIGO PENAL, Decreto Legislativo Número 1030, del 26 de abril de 1997, Diario Oficial Número 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

⁶⁸ Art. 313 C. Pn. Desobediencia a mandato judicial. *“El que citado legalmente por funcionario judicial en calidad de jurado, testigo, traductor, intérprete o depositario de cosas, que siendo requerido oír segunda vez se excusare o se abstuviere de comparecer, sin justa causa, o habiendo comparecido rehusare prestar su colaboración en la diligencia judicial que se le ordenare, será sancionado con treinta a sesenta días multas”.*

⁶⁹ MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 337. *“Todo ciudadano está obligado a concurrir a la obra del Estado; y siendo indispensable para el mantenimiento de la seguridad y del orden público la persecución y represión de los crimines, se sigue que la comparecencia para testificar por requerimiento del Estado en materia criminal, constituye un deber civil. Negar a aquél los medios de procurar la deposición de los testigos que puedan solamente aducir muchas veces la prueba requerida, sería asegurar la impunidad a todos los crimines”.*

C) DEBER DE DECIR LA VERDAD

Es el más trascendental, porque el Juez ve y oye por medio del testigo⁷⁰, y además es una garantía de veracidad, de toda la información que ha de brindar la persona del testigo ante el Juez. El procedimiento de rendir el testimonio inicia con un aspecto formal como es el juramento⁷¹ o promesa de decir la verdad antes de que inicie la declaración. Es decir, antes de ser interrogado por las partes; luego a efecto de fortalecer que el testigo diga siempre la verdad se le advierte la consecuencia de mentir y que estaría cometiendo el delito de falso testimonio, tal como lo estatuye el art. 209 inc. 1° del Pr. Pn.⁷² Hay que reconocer, que ese acto solemne del juramento tiene su propia finalidad, como es de carácter preventivo y tiene una fuerte componente religioso y moral. Porque se invoca a la divinidad en muchos casos o por su honor, en otros; y suele usarse las expresiones siguientes “Juráis por Dios decir la verdad a las preguntas que le formulen” o “Prometéis por su honor decir la verdad”.

Al momento de su valoración, debe distinguirse cuando el testigo miente y cuando estamos en presencia de insuficiencias o contradicciones derivadas de la percepción, interpretación o memoria, sin que constituyan una falsedad en su dicho; distinto de lo que calle, niegue o afirme con intención de mentir⁷³. Recuérdese que este deber está vinculado con el objetivo del proceso penal que es descubrir

⁷⁰ GASCÓN ABELLÁS, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 206-208; que afirman que no hay diferencia entre la prueba directa e indirecta, ya que ambas requieren de la inferencia del juez para valorarla. En tal sentido, las afirmaciones del testigo, sobre los hechos percibidos e interpretados por éste, a su vez, son percibidos e interpretados por el juez, quien ha de valorarlas en relación a otros elementos de prueba.

⁷¹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 75-CAS-2008, dictada el 21 de junio del 2010. “*En el presente caso, el recurrente no se le permitió conocer los datos de identificación de los declarantes protegidos, mencionados bajo los seudónimos de ‘Mar’ y ‘Tauro’, no obstante haber interpuesto un incidente durante la vista pública a efecto de lograr el acceso a dicha información. [...] que al momento de juramentar a los testigos, el tribunal de sentencia procedió de la siguiente manera: procederán a desplazarse a la segunda sala de audiencia a efecto de identificar y juramentar a los testigos bajo régimen de protección, razón por la cual se le pregunta a la defensa si desea estar presente en la juramentación e identificación de los testigos bajo régimen de protección y de ser positiva dicha petición tendrán que justificarlo en forma legal, por lo que haciendo uso del derecho el Licenciado González Ortez manifestó no estar presente. Cabe hacer notar que, pese a no disponer de los datos identificativos de los deponentes por las razones ya expresadas, el defensor tuvo la oportunidad de presenciar la declaración de los testigos protegidos, y de formular los interrogatorios correspondientes, todo lo cual fue escuchado por el procesado, siendo accesible solamente para su alcance visual; cumpliéndose de esa manera con los principios del debido proceso”.*

⁷² Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto les leerán los artículos pertinentes del código penal y prestarán juramento o promesa de decir verdad, bajo pena de nulidad.

⁷³ JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, S.F., p. 20 y ss. “*Deber de Veracidad. El ciudadano que comparece a declarar está obligado a decir la verdad de cuanto*

la verdad real de los hechos objeto de investigación y evitar una sentencia injusta. Finalmente, ha de decirse que esta formalidad del juramento de decir verdad, exigido por el Art. 137⁷⁴ y 209 inciso 1º, ambos Pr.Pn., que en caso de incumplirse con el recibimiento del juramento o promesa de decir verdad, están sancionados con pena de nulidad, del que se discute que es una nulidad meramente formal (nulidad relativa) o sustancial (nulidad absoluta). Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, le ha dado el tratamiento a la falta de juramentación del testigo, de una nulidad relativa⁷⁵.

5.2 LAS EXENCIONES DEL DEBER DE TESTIFICAR

Así como se ha sostenido en párrafos anteriores que toda persona con la calidad de testigo, tiene ciertos imperativos, a efecto de que cumpla con su rol de dar esa información que ha percibido por sus sentidos; y debe aportarlos con su declaración al juez, igualmente existen ciertas personas que tienen la calidad de testigos que bajo ciertos presupuestos procesales tienen el privilegio de dispensarlo del deber de declarar. Hay que indicar que tales circunstancias no son *numerus apertus* sino por el contrario deben de interpretarse como *numerus clausus*⁷⁶. El legislador ha regulado el deber de abstención y el derecho de abstención de declarar; y debe de aceptarse que con el privilegio de eximirles de que rindan su declaración se está ante una colisión de deber y derecho. Ya que el Estado tiene el deber de averiguar todos los delitos y el ciudadano el derecho a no dar cierta información y

supiere y le fuere preguntado. Ello implica que el testigo debe decir 'toda' la verdad, manifestando la totalidad de lo que recuerde y dando la razón de sus dichos. No puede ocultar nada, ni agregar a los hechos verdaderos otros falsos. La esencia de la falsedad no radica en la contradicción objetiva, entre una realidad de hecho y lo que sobre ella dice el testigo, sino en la discrepancia entre lo que el testigo sabe y lo que calla, niega o afirma”.

⁷⁴ Art. 137 inc. 1º Pr.Pn.: “Cuando se requiere la prestación del juramento, el funcionario a cargo del acto lo recibirá, bajo pena de nulidad, después de instruir a quien ha de prestarlo de las penas que la ley impone al falso testimonio. El declarante jurará decir la verdad en todo cuando sepa y se le pregunte.”.

⁷⁵ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia C40-03, dictada el 27 de junio de 2003. “(...) la nulidad alegada por la defensa fue producida en la instrucción formal, por lo que deberá ser opuesta durante su desarrollo o en la audiencia preliminar, Art. 226 inciso 2º, No 2, Pr.Pn., durante la instrucción formal y el desarrollo de la audiencia preliminar, celebrada el día 28 de agosto del año dos mil dos, se advierte que no fue alegada la nulidad de la declaración testifical anticipada en comento, por lo cual ésta quedó subsanada conforme a lo dispuesto en el Art. 228 No. 1 del citado código. De manera que la pretendida infracción no se ha dado.”

⁷⁶ El legislador secundario, por cuestiones de técnica legislativa, ha considerado que la persona que no obstante tenga la calidad y obligación de testificar, pueden y deben en algunos casos eximir de rendir su declaración, pero sólo y cuando se den los supuestos expresamente previstos, es decir amén de encontrarse expresamente establecido en nuestro código procesal penal o ley especial y nunca podrá hacer una interpretación amplia de las normas que regulan las situaciones bajo las cuales pueden ampararse una persona para no rendir su testimonio.

guardar silencio basados en vínculos familiares o profesionales y por además el derecho a proteger la intimidad-confidencialidad.

Ante la interpretación que estamos ante casos limitados por la ley donde se da la exención de declarar, puesto que las normas pertinentes podemos afirmar que impiden que puedan alterarse adicionando otros supuestos o casos donde las partes, el testigo o el mismo juez puedan argumentar que están en presencia de una situación de excepción a la regla general de obligación de declarar para el testigo⁷⁷. El legislador primero ha regulado la facultad de abstención, es decir lo regula como un derecho subjetivo para la persona del testigo, de ahí que no es una garantía o protección para la persona del inculcado, sino que trata de preservar la unidad familiar, a partir del interés del propio testigo; ya que el testigo pariente o familiar del acusado, puede declarar si lo considera conveniente; se busca la unidad y solidaridad familiar que está protegido a nivel constitucional⁷⁸, bien puede declarar en contra del imputado, siempre y cuando haya sido advertido, de la facultad de abstención, por parte del Juez que ha de recibir el testimonio, sino hubiere advertencia se sanciona con nulidad.

Lo que habría que argumentar es qué clase de nulidad será, si puede subsanarse incluso con el tiempo porque precluye, por una aquiescencia de las partes al no alegarlas en tiempo, que sería una nulidad relativa; o si por el contrario, estamos en presencia de una nulidad absoluta⁷⁹, que no se subsana y puede sancionarse aún de oficio, en cualquier grado o instancia del proceso. Al respecto, de la jurisprudencia consultada tenemos que no existe jurisprudencia de la Sala de lo Penal al respecto; sin embargo, de acuerdo a la forma de cómo debe de incorporarse las pruebas al proceso es que sean conforme al Código Procesal Penal, estamos en presencia de una nulidad absoluta específicamente de

⁷⁷ Art. 204 Pr. Pn. Facultad de Abstención. *“No están obligados a testificar en contra del imputado, su cónyuge, compañera de vida o conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, adoptado y adoptante. No obstante, podrán hacerlo cuando así lo consideren conveniente. También podrán abstenerse de testificar en contra del imputado, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo”.*

⁷⁸ Art. 32 Inc. 1° Cn. *“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”.*

⁷⁹ Art. 346 inc. 1° N° 7 Pr. Pn. Causas de nulidad absoluta. *“El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 7 Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este código”.*

esa declaración, por inobservancia de un derecho⁸⁰, ya que puede incriminar al acusado, aún como testigo de descargo, si no es un testigo coherente con la estrategia de la defensa.

Un segundo supuesto es el deber de abstención⁸¹, vinculado a cierta categoría de personas, como ya se ha dicho, este deber de abstención al igual que la facultad de abstención son normas taxativas y vinculadas además sobre los hechos que posiblemente debe de declarar, la persona que goza de este privilegio y tuvo que haberlo percibido en relación y en el momento de estar ejerciendo o está en razón de su propio oficio o profesión. En primer lugar menciona a los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, como consecuencia no procede para las que funcionan de hecho, ha de indicarse que esto se reguló en un principio solo para los ministros de la iglesia católica por su gran influencia en el Estado y fue como consecuencia de la *confessio sacramentalis* que no es más que sacramento de la confesión⁸², hoy con la libertad de culto es para todo ministro de una iglesia, y es que los feligreses suelen revelar intimidades y hasta delitos a estas personas, dada su confianza en la guía espiritual que representan, por lo que esta garantía es para el fiel, no para el ministro; porque son ellos quienes recurren con fe, posterior a la confesión tendrán psicológicamente una tranquilidad en su alma y no una intranquilidad de que serán denunciados por lo confesado⁸³.

En segundo lugar regula a los abogados y notarios, hay que indicar que el ejercicio de la abogacía está relacionada con el derecho de defensa que tiene todo inculcado y no se puede potenciar este derecho constitucional, sí el imputado le confiesa que ha cometido un delito a su abogado, luego dicho abogado

⁸⁰ Art. 346 inc. 1° N° 7 Pr. Pn. Causas de nulidad absoluta. *“El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 7 Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este código”*.

⁸¹ Art. 205 Pr. Pn. Deber de Abstención. *“No podrán declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad, los ministros de una iglesia con personalidad jurídica, los abogados, notarios, los profesionales y auxiliares de las ciencias relacionadas con la salud, según los términos del secreto profesional, y los funcionarios, empleados y demás servidores públicos sobre secretos de Estado. Si el testigo invoca erróneamente ese deber, se procederá a interrogarlo”*.

⁸² FLORIAN, Eugenio, *Op. cit.*, p. 180. *“El sigilo de la confesión sacramental es la obligación de guardar el secreto respecto de todas aquellas cosas que se revelan al confesor en orden a la absolución [sacramental]....todas las disposiciones canónicas insisten en la obligación del silencio y conminan graves penas al trasgresor; según los canonistas, la ley natural, la divina y la humana convergen en la imposición de tal deber (...)”*.

⁸³ Aunque se sostiene que el proceso penal en nuestros días tiene como una de las finalidades, buscar y llegar a la verdad real pero esto no es en términos absolutos, porque el mismo estado por medio de uno de sus órganos el legislativo impone limitaciones a esta finalidad, es decir que para comprobar los hechos hay un método que bien podría bautizarse de método legalista, porque el ofrecimiento de pruebas, su admisión y recepción está limitado, y deben de ser excluidas, claro hay razones que justifican la decisión del Estado de darles tal tratamiento como ya se ha indicado.

se vuelve testigo de una confesión extrajudicial o testigo simplemente ⁸⁴ y por ello es que no deben de declarar; asimismo la función pública de notario para encontrarle una explicación sobre el deber de abstención ha de sostenerse que igualmente ante la celebración de un contrato ante sus oficios notariales, pueden luego criminalizarse ese negocio jurídico ejemplo en los delitos de estafa, alzamiento de bienes y tendrían que llevar al notario a declarar, sin embargo el cliente lo buscó en razón de la confianza y que no lo delataría, por ello es que está comprendido dentro del deber de abstención.

En tercer lugar, la norma del art. 205 Pr. Pn⁸⁵, se refiere a ciertas profesiones relacionadas a la salud, sin mencionarlas taxativamente, lo que nos remite al Código de Salud que regula el secreto profesional de esta disciplina, que nace de la esencia misma de la profesión; ya que nadie quiere que le divulguen sus padecimientos de salud salvo que uno mismo lo haga, por ello no deben divulgar lo que vean, oigan o descubran en cuanto están ejerciendo la profesión⁸⁶. En cuarto lugar, a los funcionarios, empleados o cualquier persona que tenga una vinculación con el Estado, en aspecto delicado como son los secretos de Estado⁸⁷, ya sea en el contexto de la defensa y seguridad del Estado.

⁸⁴ CAFFERATA NORES, José I., *Op. cit.*, p. 94. “Los abogados, procuradores y escribanos (art. 244) que entren en conocimiento del hecho secreto en virtud de su ejercicio profesional. La excepción al deber de testimoniar se justifica, no solo como una medida indispensable para la eficaz defensa de la persona y de los derechos (art. 18 Cn), sino también en atención a que estos profesionales son regularmente depositarios de confidencias íntimas propias de su función (v.gr. consulta sobre problemas familiares, testamento que reconoce un hijo extramatrimonial)”.

⁸⁵ REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL, D.E. N° 82, del 25 de septiembre de 2002, D.O. N° 188, Tomo 357, publicado el 9 de octubre de 2002. El reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil en el art. 13 N° 3 regula el secreto para los miembros de la Policía Nacional Civil, en cuanto a mantener en secreto la información de carácter confidencial de que tengan conocimiento salvo que el deber le imponga lo contrario y es perfectamente aplicable que un policía no revele o no conteste algunas preguntas que le formulen las partes durante el juicio amparado en tal normativa y el juez debe de indicarle a las partes que está habilitado para omitir cierta información aunque el proceso penal busca la verdad real.

⁸⁶ CÓDIGO DE SALUD, D.L. N° 955, del 28 de abril de 1988, D.O. N° 140, Tomo 299, publicado el 11 de mayo de 1988. En el código de salud en el Art. 38, el secreto profesional se recibe de dos formas: a) El secreto explícito formal, textualmente confiando por el paciente al profesional; b) El secreto implícito que resulta de las relaciones del paciente con el profesional. El secreto profesional es inviolable; salvo el caso de que, mantenerlo, vulnere las leyes vigentes o se tenga que revelar en un peritaje o para notificar enfermedades infecto contagiosas ante las autoridades de salud.

⁸⁷ En cuanto al secreto de Estado, también se le denomina secretos oficiales, cuestiones de seguridad y defensa del Estado; debemos de ubicarlo dentro de los conceptos jurídicos indeterminados y hay que analizarlo en cada caso concreto porque no hay una definición precisa, es todo aquello que compromete los intereses fundamentales de un Estado tanto en aspecto exterior como interior; y es que bajo este presupuesto puede legítimamente no suministrar información sobre un caso objeto de investigación y es una excepción al derecho de informar regulado ya en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, en su Artículo XI.

Por último, tenemos el derecho de abstención de declarar para las personas que tienen la calidad de periodistas, y quienes no lo sean pero que ejercen también tal profesión. Este aspecto no ha sido pacífico nuestra legislación⁸⁸, ya que ha estado sujeto a reformas en anteriores códigos puesto que no regulaba a los periodistas, y el actual Código Procesal Penal en su versión original ya lo regula. La polémica ha girado en torno a que las reformas han ido orientadas a que la persona del periodista no puede ser citado a declarar, pues la esencia del derecho de abstención está orientada, a la reserva de la fuente de donde obtienen la información, esto es lo que regula el art. 206 Pr.Pn⁸⁹., como un derecho a la libertad de información; y no al hecho de ejercer el periodismo.

6. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Al adoptar el legislador secundario en nuestro país, un proceso penal no influenciado por el sistema inquisitivo, sino con una tendencia acusatoria⁹⁰. Sobre los principios que informan este sistema, VICENTE GIMENO SENDRA distingue los principios de la estructura del proceso, fundamentalmente la igualdad y la contradicción; de los principios de la estructura del procedimiento, que tienen que ver con la actividad procedimental, como son la publicidad frente al secreto, y la oralidad frente a la escritura. Al adoptar el modelo de proceso antes referido, tendrá sus propias repercusiones para el momento de la recepción de las pruebas, pues estará influenciada por una serie de principios tales como la oralidad, la intermediación, contradicción, publicidad, libertad probatoria.

Sobre el tema de la actividad probatoria, no se altera en cuanto al concepto en sí con el sistema acusatorio mixto que tenemos. Sino, lo que se ve fortalecido, son una serie de garantías para la

⁸⁸ Art. 183 incs. 1º y 2º lit. "C" C.Pn. Régimen de la prueba. *"El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda responsabilidad penal, probando el hecho punible que hubiere atribuido. El acusado por delito de difamación quedará exento de pena probando la veracidad de la conducta o calidad atribuida, siempre que sea legítima la difusión. "C" Que se refieran a hechos publicados por personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, quienes sin tener conocimiento de la falsedad de la información y habiendo contrastado diligentemente las fuentes, la divulga"*.

⁸⁹ Art. 206 Inc. 1º Pr.Pn. Derecho de Abstención de Declarar. *"Tendrán derecho a abstenerse de declarar sobre los hechos que han llegado a su conocimiento en razón del ejercicio, de su profesión u oficio bajo pena de nulidad, los periodistas de profesión y aquellas personas que aun siendo otras su profesión ejerzan el periodismo"*.

⁹⁰ DIAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la Imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada, 1996, p.192. *"Conforme a las nuevas pautas, remodeladas en torno al juego del principio acusatorio, el órgano jurisdiccional vendría a ocupar una posición distante de las partes, de neutralista, que le permite apreciar la contienda sin apasionamiento, sin desequilibrar la posición de las partes, y alcanzar un resultado más justo y sobre todo un planteamiento respetuoso con los derechos del acusado"*.

persona del acusado en el desarrollo de la actividad probatoria, será aquí donde se verá la aplicación de los principios antes apuntados. En primer lugar, desaparece la actividad probatoria como carga del juzgador, sino solo en forma residual, para equilibrar la imparcialidad del Juez con la verdad real. De ahí que los anteriores principios serán el eje de la actividad probatoria más que todo durante el juicio; lo que es diferente de los actos de investigación, en los que no suele haber contradicción, intermediación predomina la escritura⁹¹ y con muy poca vivencia los demás principios, pues hay poca disponibilidad sobre el objeto del proceso, cuando está en sede policial y fiscal.

6.1 LA ORALIDAD

En primer lugar hay que indicar que la forma como nos comunicamos naturalmente es con la expresión oral. De ahí que la oralidad se vuelva un principio fundamental⁹² de la estructura del procedimiento, aplicable a todo testimonio, incluyendo la declaración del imputado denominada indagatoria; de ahí que la oralidad es lo que caracteriza al testimonio de la persona; sino, no constituye testimonio y debe de ser además una expresión efectiva y estar vinculado a otro principio más amplio como es el examen directo de la prueba y esto tiene su propia trascendencia al momento más culminante como su ponderación. Porque el juzgador puede observar el comportamiento del testigo, pues circunstancias de veracidad o mendacidad afectan su fisonomía, timbre de la voz, en la serenidad o no que presente, inquietud del declarante, este principio garantiza la autenticidad del testigo, por ello se excluyen las declaraciones documentales excepto anticipos probatorios, pero aun así hay reproducción oral, se permite la lectura pero con autorización del Juez. Es importante destacar que de su testificación surgen pruebas indirectas de la propia conducta del testigo que lo acreditan o desacreditan.

⁹¹ RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Iurgium, Madrid, 2000, p. 37. En la primera fase del proceso, destinada a la investigación de los hechos y a la preparación del material para el juicio oral, rige la escritura. Este principio que predomina durante esta primera fase del proceso penal se desarrolla en el art. 321 LECrim. Al establecer que los jueces de instrucción formarán el sumario ante sus secretarios. También señala el art. 789.2° que todas las actuaciones jurídicas relativas a delitos comprendidos en dicho título se registraran como diligencias previas.

⁹² ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 115. “Según el principio de oralidad, fundamento de una sentencia sólo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso, p. ej., el interrogatorio del acusado, la producción de la prueba, los alegatos, debe ser llevado a cabo oralmente (también la deliberación, la votación y el pronunciamiento de la sentencia). En contraposición con el principio escriturari *staquod no est in actis, no est in mundo, lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta, sino que es considerado como no sucedido o no existente. El principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido*”.

La oralidad⁹³ es uno de los mecanismos que potencia el debido proceso. Porque le da transparencia a la actividad de la administración de la justicia por ello es trascendental la implementación del juicio oral⁹⁴ y público que tiene asidero constitucional, y la prueba testimonial es por excelencia el mejor ejemplo de concreción de prueba producida durante el juicio oral, sin perjuicio de que se documente en un soporte material; la oralidad⁹⁵ está estrechamente vinculada a la obligación de comparecencia de la persona del testigo al acto de la vista pública para que exprese de viva voz el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio y proporcione las aclaraciones que le pida el juzgador cuando sea necesario; todo lo cual es oído directamente por el acusado, la defensa, el fiscal, el querellante, la víctima, y su destinatario final que es el Juez. Y el público, como legitimador de toda la decisión que tome el juzgador, ya que es una forma de control de la sociedad civil⁹⁶, ya que no estamos ante un juicio en secreto, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

No se debe de olvidar que dentro del ordenamiento jurídico, opera el principio de jerarquía de las normas jurídicas, de ahí que la constitución reconoce que el juicio ha de ser oral; igualmente el actual Código Procesal Penal, hace suyo dicho principio, pero ante una posible tergiversación de tal garantía, debe de prevalecer la norma de mayor jerarquía, es decir la constitución, y no lo vincula a una etapa especial del proceso, y es que la oralidad es además un medio de control para los funcionarios que

⁹³ SUÁREZ-BARCENA, Emilio de Llera, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 1999, p.44. “Evidentemente no puede pretenderse hoy que todo el proceso penal sea oral, pues la complejidad de las investigaciones sobre todo de las modernas formas de delincuencia, hace prácticamente imposible la cuestión; sin embargo en el momento del juicio, en el que tiene lugar las pruebas sobre las que tiene que basarse la sentencia, es posible y además constituye una garantía para todos los sujetos intervinientes. Por ello la CE exige que la oralidad sea la forma <predominante> de las actuaciones procesales, no la única forma de producirse”.

⁹⁴ Art. 371 Inc. 1° Pr. Pn. La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella.

⁹⁵ Con el sistema acusatorio mitigado se trata de desterrar algunas herencia del sistema inquisitivo en el cual se permitía al tribunal preconocer el esquema probatorio antes de su recepción en el juicio es decir teníamos un prejuizgamiento y también porque muchas pruebas como la declaración del imputado ingresaba a esta etapa anterior al juicio y no era necesario producirse en el debate y su incorporación era mediante la lectura, era una especie de oralización de las actas que documentaron su incorporación a la investigación, borrando así de un plumazo los principios de inmediatez y publicidad.

⁹⁶ OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel, *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 262. “La sociedad civil, a través de sus grupos de interés y de sus individuos deben pues mantenerse alerta y vigilantes, de manera que los derechos humanos no dejen de ser un “poder” frente al Estado y aún, frente a todos aquellos para y contra-contra que tienen pretensiones de representación social y política. Para que los derechos humanos puedan ser dispositivos de protección en cabeza de la sociedad y aún, para garantizar que las políticas gubernamentales de derechos humanos tengan continuidad en el tiempo, así que lleguen a ser verdaderas políticas de Estado resulta necesario: 5) fortalecer la Defensoría del Pueblo, dentro del espíritu de que sea una suerte de ONG de derechos humanos en el seno del Estado, y a su vez, una punta de lanza del Estado en el seno de la sociedad. Acaso ningún otro organismo, como la defensoría, puede llegar a articularse como un verdadero “puente” entre Estado y Sociedad en esta materia”.

ejercen el poder y en especial el poder del derecho penal, por parte del ciudadano hacia el Juzgador; de ahí que viene siendo un límite a la arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales; por lo que existe la necesidad de potenciar la oralidad dentro del proceso penal, para que el ciudadano como actor social tenga acceso a ejercer un control social sobre sus funcionarios; y además también es una garantía para el juez, pues asegura un proceso, transparente, sin vicios o irregularidades que posteriormente puede ser cuestionado, el derecho y el proceso es para el ser humano desde un punto de vista humanitario y constitucional⁹⁷. Con la implementación del aparato denominado distorsionador de voz, para cuando el testigo protegido declara durante la vista pública, la oralidad se ve afectada de su versión original.

6.2 LA INMEDIACIÓN

Se ha afirmado que todo testigo⁹⁸ tiene la obligación de comparecer una vez sea requerido por la autoridad judicial, para así tomarle su respectiva declaración; ante el Juez que ha de valorar la misma. Hay casos de excepción como son la imposibilidad de comparecer; es decir que la regla debe de ser la producción de la prueba testimonial inmediata, para que así haya una percepción directa que logre un convencimiento objetivo del juzgador y no tomar aspectos subjetivos o arbitrarios al momento de hacer la valoración y de decidir el caso sometido a su consideración. Esto es propio del juicio oral porque el juicio escrito lo que ha de prevalecer es principio de mediación propio del sistema penal inquisitivo⁹⁹ y por ello las declaraciones o mejor dicho las entrevistas realizadas durante la instrucción no tiene ningún valor. Ni para incriminar ni para absolver a la persona que tiene calidad de encartado o imputado, serán

⁹⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva de inconstitucionalidad, referencia 18-98, dictada el día 20 de noviembre del 2007. Sobre este enfoque la Sala ha indicado que: *“Al analizar el texto y contenido del Preámbulo de la Constitución Salvadoreña sea advierte que la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda la actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad. Es una concepción filosófica basada en el respeto de la dignidad natural, como mecanismo esencial para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista”*.

⁹⁸ ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Tomo II, Editores Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1984, p. 31. *“La calidad procesal de testigo se adquiere desde el momento en que el juez dicta la providencia que ordena la recepción del testimonio, sea oficiosamente o a solicitud de parte, y en el proceso penal también cuando una persona se presenta espontáneamente a declarar y el investigador o el juez lo acepta como tal. Una vez citado para este fin, adquiere el deber especial de testimoniar y el derecho a gozar de cierta protección policial en los procesos penales, cuando se tema que pueda ser víctima de atentados”*.

⁹⁹ BINDER, Alberto M., *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. *“El sistema inquisitivo, no solo es una forma de proceso, sino un modelo completo de organización judicial, una figura específica del juez y una cultura también de contornos bien precisos; él es una creación del Estado moderno y la monarquía absoluta. Muchos de sus atributos centrales como el carácter escrito, secreto, formalista, lento, curialesco, dependiente, burocrático, son cualidades esenciales de este sistema y no defectos”*.

consideradas prueba testimonial objeto de valoración solo las que se han dado en presencia física del testigo, del juez, de las partes y del imputado.

Con ello se respeta también el derecho de igualdad de las partes, el cual tiene asidero constitucional, debe de haber inmediatez del testigo y del juez¹⁰⁰; y es que la prueba testimonial es de todos los medios probatorios, el que por su misma naturaleza puede reproducirse en el momento de la Vista Pública o juicio¹⁰¹; al punto que si no llega la persona del testigo, el legislador ha regulado expresamente una causal de suspensión del desarrollo de la vista pública. También siempre para rescatar el principio de inmediación, en caso de imposibilidad de asistencia del testigo o perito, puede intermediarla uno de los Jueces en caso se esté conociendo colegiadamente o comisionarse a otro Juez¹⁰². Se exceptúan de estos casos los anticipos probatorios, pero en su momento se ha dado la intermediación con la salvedad de que no es el juez quien decide el fondo del problema quien realiza la intermediación, sino por el juez que realiza dicho anticipo, pudiendo ser un juez de paz o un juez instructor.

La intermediación al momento de la producción de la prueba, tiene su trascendencia al existir una relación directa entre el medio probatorio con el Juez, que es quien al final hace la valoración de las probanzas, con lo que existe una mejor garantía de apreciación de la información que está proporcionado el testigo, víctima o perito. Pero es una garantía también para las partes, puesto que esto da legitimidad a la decisión del juzgador, ya que ellos con toda la naturalidad percibirán por sus sentidos, la información que aportan todos los medios probatorios y en especial los testimonios, por ello incluso se debe de

¹⁰⁰ ECHANDIA HERNANDEZ, Devis, *Op. cit.*, p. 108. Ahora bien, la naturalidad del convencimiento trae como consecuencia imprescindible la naturalidad de las pruebas, la cual consiste en que ellas no deben de llegar al conocimiento del juez alteradas por ningún influjo extraño a su naturaleza; y de esto resultan varios principios a) ante todo, para que la voz de las pruebas llegue sin alteración al ánimo del juez, es menester que ellas se presenten, en cuanto sea posible, de manera inmediata al juzgador, a fin de que este pueda examinarlas directamente, y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas, o de las equívocas expresiones de otras cosas. La cosa o la persona que sirven de prueba deben ser presentadas ante el juez, en cuanto sea posible, directamente; este es el principio de originalidad de las pruebas. Las que no son originales no constituyen propiamente pruebas, sino que son pruebas de pruebas, y por ello, fuentes menos puras de certeza.

¹⁰¹ Art. 367 Inc. 1° Pr. Pn. Inmediación. “*La Vista Pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes*”.

¹⁰² DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal*, Tomo I, 4ª ed., Ed. Temis, Bogotá 1997, pp. 396- 397. Ya se señaló que la originalidad es la adherencia de la prueba al sujeto intrínseco de ella, o, en otros términos, la presencia en juicio del sujeto intrínseco de la prueba. Es preciso observar que la originalidad de las pruebas existen, no solo cuando las cosas o las personas se presentan directamente ante el juez, sino también cuando la cosa o la persona no pueden ser llevadas ante el juzgador, y este tiene que ir a buscarlas; y digo que va el juez a buscarlas entendiendo esto en el sentido de que el juez vaya trasportando consigo, por decirlo así, el ambiente del estrado judicial, con la intervención de las partes, y dentro de lo posible, con el libre acceso del público. Con esa inspección judicial, el juez no hará sino trasladar su despacho temporalmente, llevándolo al lugar de las pruebas.

tratar al máximo no delegar la función de examinar testigos en jueces que no decidirán el caso, como el anticipo de prueba o cuando el testigo resida en el extranjero, ya con ello se está neutralizando este principio de inmediación¹⁰³; lo mismo sucede con el uso de obstáculos que evitan la visualización del testigo con las partes y el acusado, como cuando el testigo es protegido y se hace uso de biombo u otro mueble con iguales funciones de impedir el contacto visual. La inmediación además busca otros fines como que la audiencia sea equitativa y con ello se humaniza la administración de justicia.

6.3 CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción puede examinarse desde varios puntos de vista, vinculado al derecho de defensa¹⁰⁴ y como principio de contradicción dentro de todo debido proceso propiamente dicho. Claro que vinculado especialmente al tema de recibimiento de prueba y más concretamente de la prueba testimonial, de ahí que la parte, contra quien se ofrece una prueba debe imperiosamente tener la oportunidad procesal de conocerla y contradecirla. Como posibilidad efectiva, porque puede suceder que la contraparte no haga uso de tal derecho; para ello es necesario que la contraparte sepa del ofrecimiento, de la admisión y estar presente al momento de recibirla o producirla. El principio de contradicción es una reacción legítima ante una prueba o elemento de prueba que perjudica a una de las partes¹⁰⁵, porque no se puede concebir un proceso sin debate, esto es consustancial a todo juicio

¹⁰³ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y otros, *Derecho Penal Juvenil*, 1ª ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2002, p 176. En Costa Rica, la Ley de Justicia Penal Juvenil prevé un juicio oral, en el que tiene vigencia el principio de inmediación. Al respecto el art. 99 de dicha ley dispone lo siguiente: “*La audiencia deberá ser oral y privada, so pena de nulidad. Se realizará con la presencia del menor de edad, su defensor, el ofendido y el fiscal. Además, podrán estar presente los padres o representantes del menor, si es posible; los testigos, peritos, intérpretes y otras personas que el Juez considere conveniente*”.

¹⁰⁴ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 439-CAS-2007, dictada el día 20 de marzo del 2009. *En relación a los anticipos de prueba testimonial sostuvo “En el caso que aquí se somete conocimiento, no ha ocurrido irregularidad procesal que afecten el interés privativo de alguna de las partes, ni se advierte anomalías respecto del derecho a la defensa o al principio de contradicción, en tanto que, la declaración que se realizó con el carácter de prueba anticipada, por una parte, fue admitida e incorporada en el auto de apertura a juicio, tal como lo dispone el artículo 351 del código procesal penal; y, por otra parte, se pudo tener control directo, ya que su declaración fue rendida ante el Tribunal de Instrucción Especializado de San Miguel. De tal suerte, que las partes procesales dispusieron de la facultad de someter a examen los argumentos vertidos por el testigo, a través de la oralidad. Así pues, es oportuno afirmar que en la temprana declaración del deponente, que por razones de urgencia y necesidad de asegurar sus resultados, fue rendida previamente a la vista pública, se verificó el principio de inmediación de la prueba (...)*”.

¹⁰⁵ CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997 señala: “*no cabe utilizar una declaración testifical como prueba de cargo contra un acusado si no se ha permitido que al respecto dicho acusado o su defensor hubiera tenido la posibilidad de interrogar al testigo correspondiente. Así lo tiene dicho esta Sala (sentencia de 20 de diciembre de 1994, 7 de diciembre de 1996, en su fundamento de derecho 74, 18 de febrero de 1997 y 18 de marzo de 1997, apoyándose en la Sentencia del tribunal Constitucional 303/1993, que a su vez cita otras del Tribunal Europeo*

con las garantías debidas de un debido proceso constitucionalizado, de ahí que tampoco se puede concebir la producción de prueba sin que esté presente la contraparte y de violentarse este principio va a influir negativamente en el derecho de defensa¹⁰⁶.

No debe de obviarse que toda la actividad jurisdiccional es una función general estatal. Pero en especial una función que tiene como fundamento la protección de garantías para toda persona, cuando se condena a un ciudadano o se le absuelve, debe de hacerse valer el derecho a contrainterrogar. De ahí que el principio de contradicción esté orientado a asegurar un debate que es un derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir las pruebas o argumentos¹⁰⁷; y como no se puede obviar, que en el juicio se da una intensa de lucha de intereses, tanto del ente acusador que está constituido por la Fiscalía General de la República y la querrela y en el otro extremo por los intereses de la defensa. Y este debate, por supuesto, se vuelve más álgido al momento de recibir la prueba testimonial y donde se puede percibir con mayor claridad la contradicción como un principio que informa a la prueba testimonial, es el momento de interrogar y contrainterrogar al testigo.

Dentro del principio de contradicción, se comprende (1) el derecho a que todo testigo que declare debe de hacerlo frente a la persona al que está incriminando, lo que en doctrina se le conoce como careo

de Derechos Humanos, y en otra del Tribunal Constitucional 40/1997, de 27 de febrero, así como en los artículos 6.3 del Convenio de Roma de 1950 y 14.3 del Pacto de Nueva York de 1966). El Principio de contradicción, esencial en el proceso penal, así lo exige; pero estas exigencias quedan cumplidas si se ha concedido a la parte la posibilidad de interrogar: si la tuvo y no la utilizó por negligencia propia, como aquí ocurrió, no cabe alegar violación del mencionado principio de contradicción”.

¹⁰⁶ JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 472. “...frente a esto, los principios del juicio equitativo también requiere que dado el caso, los intereses de la defensa sean puestos en balance con aquellos de los testigos o víctimas. De tal modo que, el principio de contradicción o adversarial, debe de estar armonizado con el principio de proporcionalidad, para que tiendan a cubrir las garantías del imputado compatibilizándola con los demás intereses en juego, pero siempre siendo haciendo prevalecer, los de aquel en caso de duda o conflicto. Así es de destacar, pues que el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo puede ser puesto en confrontación con otros derechos, y ponderado – Técnicas del balancing- , pero que en caso de que en estos otros deban prevalecer sobre aquel, deben hacerlo en la medida estrictamente necesaria, y que la restricción debe de ser compensada dando oportunidad útil al imputado o a su defensa, en alguna etapa del procedimiento de interrogar o hacer interrogar al testigo”.

¹⁰⁷ FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro, *Exclusión de Actos y Pruebas en el Juicio Oral*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 321. “b) Mediante la controversia argumentativa al medio de prueba allegado. Una segunda manera de controvertir la prueba y (el medio de prueba es la construcción del argumento controversial con respecto a las resultas de su práctica) es especialmente en la audiencia pública, cuando y donde se edifica el razonamiento opuesto y se ejerce dicho derecho, sin perjuicio de que pueda cumplirse en distinto momento, sobre todo cuando se producen decisiones tales como la definición de situaciones jurídicas, calificaciones del mérito del sumario, formalización de la acusación. Como una obligación de todos los jueces de motivar las sentencias para así poderlas controlar por medio de las impugnación que la ley les franquea a las partes, de ahí que la contradicción no debe entenderse que se reduce a un contrainterrogatorio de los testigos y demás probanzas”.

físico; (2) el derecho a contrainterrogar a los testigos de la contraparte; y por último, (3) el derecho a la exclusión de la pruebas de referencia, que tiene sus propias implicaciones en el tema de la contradicción, en primer lugar porque dan una información en el juicio que no tiene la calidad de conocimiento personal, porque declara sobre lo que escuchó de un tercero quien tuvo el conocimiento personal del hecho. Con la prueba de referencia prácticamente se anula la confrontación¹⁰⁸ y con ello la contradicción. Lo mismo sucede con el testigo protegido, ya quien la confrontación únicamente ocurre con el ente acusador y el juzgador, de ahí que la confrontación es nula y da lugar a que esa prueba sea recibida con irregularidad, pues la contradicción se ve afectada.

6.4 PUBLICIDAD

El juicio es público, no solo la doctrina lo sostiene sino también la norma constitucional y el momento de recibir las prueba, que es parte del juicio o mejor dicho del debido proceso tendrá igualmente que ser público. Es propio del sistema penal acusatorio y del acusatorio mitigado, la publicidad para el momento de recibir la prueba durante la vista pública y luego decidir el caso; de ahí que en lo atinente a la publicidad, hay que potenciarlo; aunque en la etapa de investigación se ve restringida la publicidad más que todo en actos de investigación bajo el control de la policía y fiscalía. Este principio debe ser la columna vertebral de todo el proceso penal. Pero donde recobran mayor vigencia todas las garantías, es en el momento del juicio, porque al inicio del proceso hay actos procesales en los que la publicidad se limita, pero no debe de ser para las partes¹⁰⁹, hay que reconocer que el tema de la publicidad ha sido fruto de las últimas reformas implementadas en nuestro país.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal de 1997¹¹⁰ lo que existía en nuestro país era un juicio escrito y una justicia delegada, donde se recibía las declaraciones aun sin la presencia de las partes.

¹⁰⁸ CHIESA, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Editora Corripio, República Dominicana, 1998, p. 357. La Corte Suprema de los Estados Unidos rescató la confrontación cara a cara en *Coy v. Iowa*. Este es un caso criminal estatal por ataque sexual a dos niñas de trece años. Durante el juicio, y en virtud de un estatuto de Iowa, durante el testimonio de las víctimas se colocó una pantalla entre ellas y el acusado, que impedía a las víctimas ver al acusado, aunque éste podía verlas levemente a ellas. El tribunal ignoró un planteamiento del acusado de que esto violaba su derecho a confrontación bajo la Sexta Enmienda. La Corte Suprema de Iowa confirmó la convicción del acusado y rechazó el planteamiento de confrontación, a base de que quedó intacto el derecho de contrainterrogar. La Corte Suprema de los Estados revocó al resolver que se violó el derecho a la confrontación, en su dimensión de careo físico.

¹⁰⁹ Art. 369 Inc. 2 Pr.Pn. “*El Tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar reserva sobre los hechos que presenciaron o conocieron, dejando constancia en el acta de la audiencia*”.

¹¹⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL, D. L. N° 904 del 4 de diciembre de 1996, D.O N° 11 Tomo 334, publicado el 20 de enero de 1997.

Sin embargo hay que reconocer que la publicidad da transparencia a la administración de justicia y es considerada como un mecanismo de control y hasta conveniente para el momento de recepción de prueba¹¹¹ y con ello tener una administración de justicia sana. De lo anterior podemos afirmar que hay una publicidad interna y una externa. La primera está referida al acceso que deben de tener las partes en actos del proceso y la segunda vinculada al acceso que debe de tener la sociedad de conocer cómo resuelven sus jueces, esto por regla general no es para los actos de investigación sino para el momento del juicio.

El juez que no permite que el público acceda a sus audiencias tiene una política judicial de justicia de puertas cerradas. Hay supuestos en que esto puede estar justificado por razones de seguridad, moralidad pero esto debe considerarse como una limitación al principio de publicidad pero debe ser algo excepcional. En todo caso, debe de estar previsto expresamente en la ley y donde el juzgador debe de razonar por qué adopta la medida que justifique la limitación de la publicidad para evitar la arbitrariedad. Al potenciar el principio de publicidad¹¹², su finalidad debe de encontrarse como una garantía, de que todo el que tenga interés en conocer cómo trabajan sus jueces cuando toman decisiones y así poder la persona que tiene acceso formar su propia opinión y no tenga una opinión de los medios de comunicación, sino que directamente conozca el ciudadano¹¹³ a sus funcionarios.

¹¹¹ CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, volumen I, Ed. Forum, Colombia, 1995, pp. 389-390. El testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo. La aplicación de esta regla a etapas anteriores al juicio es asunto dudoso. En general, la aplicación de las reglas de evidencia a etapas anteriores y posteriores al juicio es asunto debatible. Actualmente el Comité de Reglas de Evidencia de la Conferencia Judicial de Puerto Rico trabaja en una enmienda a la Regla 1 de las evidencias donde se regularía detalladamente la aplicación de las reglas. El derecho a contrainterrogar testigos en el juicio es indispensable, bajo esta Regla 40, aún en casos civiles, A fin de cuentas, el derecho a contrainterrogar es parte del debido proceso de ley.

¹¹² VOLIO JIMÉNEZ, Fernando, “Los Controles Constitucionales de los Derechos Humanos en Centroamérica”, en AA.VV., *El Juez y la Defensa de la Democracia*, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993, p. 151. Principio de Publicidad: La publicidad del proceso tiende, como es sabido, a asegurar la defensa en su sentido más amplio, al permitir acceso a su desarrollo a otros, que no sean los involucrados en el proceso. A la vez da al proceso y a su defensor, la oportunidad de transmitir los alegatos directamente a los jueces, lo que resulta así en la necesaria intermediación con las pruebas.

¹¹³ FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro, *Op. cit.*, p. 317. “En lo relativo a la publicidad de la prueba que para el proceso se realiza, es indispensable patentizar dos situaciones: la prueba que se practica a espaldas de los sujetos procesales, y la que sirve de fundamento para vincular al sujeto pasivo del ilícito penal, y el momento en que a él ha de dársele a conocer. El *busilis de no publicitar la prueba* es una contradicción entre ética y compromiso profesional de un lado, y de exigencias de resultado institucional por otro lado. La prueba queda entre lo que la racionalidad de la ley ordena y lo que la razonabilidad de supervivencia sugiere hacer”.

En materia de prueba testimonial bajo régimen de protección de testigos, cuando al testigo se le implementan medidas procesales como la utilización de biombo para que no sea visto por el imputado y la defensa, hay que reconocer, que este principio se ve afectado. Puesto que en la práctica, las partes en especial la defensa¹¹⁴ tanto material como técnica, no tienen acceso a ver al testigo, ni a conocer su identidad, como consecuencia se neutraliza el derecho de confrontación, irrespetando con ello el debido proceso, dando nacimiento a una prueba irregular no compatible con los principios que informan al proceso penal, tales como el igualdad, ya el equilibrio procesal tan trascendente entre las partes se anula., en la etapa del juicio, no quiere decirse que no sea necesario en anteriores etapas del proceso, como es la instrucción, el principio de igualdad de armas, no hay que olvidarse que forma parte de los derechos en el juicio tanto para el que acusa como para el que defiende.

6.5 LIBERTAD PROBATORIA

La misma expresión nos da un indicativo de este principio, y es que también ha existido un principio taxativo de los medios de prueba que es su contrario. Y es que el Estado a través de su política criminal ha querido que sea el Juez y no la ley quien determine con qué medio probatorio ha de tener por acreditado un hecho o circunstancia, la que a su vez tiene límites, como son (a) la legalidad de la obtención e incorporación de la evidencia; (b) pertinencia de la prueba en relación al *tema probandum*; (c) la relevancia o utilidad, porque puede haber libertad probatoria, pero ésta puede ser insuficiente; (d) y la sobreabundancia, vinculada al control sobre la prueba repetitiva. Pero la aplicación de este principio tampoco autoriza al juez para vulnerar las normas de la sana crítica, esto ya se ha indicado en la jurisprudencia interna de la Sala de Penal¹¹⁵, este decir que la libertad probatoria va estar limitada al respeto de las garantías fundamentales de las personas involucradas en conflicto penal¹¹⁶.

¹¹⁴ CERES MONTÉS, José Francisco, “Lugar que desempeña la Víctima en el Particular en la fase de Instrucción: Nuevas Tendencias”, en *Revista Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, N° 38, Madrid, 1995, p. 39. Para aminorar toda esta carga que pesa sobre la víctima (victimización secundaria) en particular favorecer su colaboración con la justicia y evitar temores se ha aprobado recientemente una ley de protección de la identidad de los testigos que pretende garantizar su anonimato, con más fuerza en la etapa de instrucción, el art. 322 C.P. autoriza a usar un nombre supuesto temporalmente previa autorización administrativa mediante justa causa (antecedente próximo de la ley), e incluso en algunos juicios, ya antes de la nueva ley, se ha accedido a que el testigo declare oculto en una lugar que no puede ser visto por el acusado y sólo oído y el T. C. en ST 64/1994 y auto del 17 de octubre de 1994 entendió que es una forma anómala de declaración pero no atenta contra el principio de publicidad, igualdad y contradicción, al poder todas las partes preguntar, aunque reconoce su irregularidad.

¹¹⁵ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 372-CAS-2007, dictada el 3 de marzo del 2010. “...Se afirma por parte de la esta Sala que el fallo recurrido ha incumplido con el principio de lógico de la derivación, en tanto que no se ha observado la concatenación del

Vinculado con el principio de legalidad de la prueba en la libertad probatoria, ha de afirmarse el control sobre la admisibilidad y valoración de las pruebas, tanto ilícitas así como las irregulares; por ello, si bien el juzgador, con la finalidad de llegar a la verdad real y tomar una decisión justa, tiene la libertad de valorar la trascendencia de un determinado medio probatorio, antes debe considerar su legalidad. Su significado para motivar la sentencia en la cual declara culpable al indiciado o le mantiene el estado de inocencia que el mismo Estado le ha reconocido, para ello también se quiere que exista una mínima actividad probatoria por parte del acusador, porque como se ha firmado anteriormente este principio se hacer valer sobre los medios probatorios que han desfilado durante la vista pública, es decir que se han incorporado en legal forma, por ello tampoco habilita este principio de libertad probatoria a hacer una selección arbitraria de las pruebas al momento de sentenciar a un ciudadano, sino que sólo sobre las probanzas que se han discutido y recibidas en el momento del debate¹¹⁷.

Nuestro proceso penal se ha diseñado sobre la base del principio de libertad probatoria, es decir que es admisible aún medios de prueba que no los ha establecido en forma expresa. Hay una apertura para desechar la taxatividad - *numerus clausus*- de los medios de prueba, esto tiene su razón de ser, en la medida que la sociedad evoluciona, también evoluciona la criminalidad y ahí es donde se vuelve necesario nuevos métodos de investigación, por ello se adopta el sistema de *numerus apertus* de los medios probatorios, por ejemplo el Código Procesal Penal o las leyes de contenido procesal, no regulan

acervo probatorio, y tampoco se ha establecido un análisis comparativo de dichas probanzas, a los fines ya sea de desechar o asumir los elementos propuestos. Así, en el proceso de decantación, la sentencia no solamente carece de la comparación y contraste de las pruebas recreadas en el debate oral, sino también de la valoración integral de las mismas. De tal forma, la falta de valoración de los medios probatorios o la desestimación por indebida aplicación de los criterios de valoración de las pruebas, comporta la infracción por indebida aplicación del artículo 162 del Código Procesal Penal; pues la infracción de dicha norma lo que ataca es el sistema de la libre convicción razonada, según el cual, el juez tiene la libertad para apreciar las pruebas, pero debe observar en esta ponderación las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, así como explicar las razones que lo llevan a tomar la decisión, las cuales deben estar sustentadas y ser respetuosas de los principios constitucionales y de los predicados de la legislación secundaria”.

¹¹⁶ Art. 176 Pr. Pn. Libertad probatoria. “Los hechos y circunstancias relacionadas con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecido en este código y en su defecto, de la manera que este prevista la incorporación de pruebas similares fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes”. Siempre que se respeten las garantías.

¹¹⁷ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 33-CAS-2006, dictada el 20 de mayo del 2011. “..Al respecto, el autor M. Miranda Entrampes, en su obra “La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal”, expone que el principio de Libre Valoración de la prueba (o sana crítica) supone que los distintos elementos de prueba pueden ser incluidos libremente pero el tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso la concurrencia de una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma puedan entenderse de cargo y de las que se pueden deducir, por tanto la culpabilidad del procesado”.

en forma expresa la prueba videográfica¹¹⁸, como sí lo hacen por ejemplo para la prueba testimonial la cual contiene todo un estatuto jurídico. Como ya se ha abordado, es decir que es perfectamente admisible este medio de prueba, siendo necesario examinar su validez y límites en su utilización, en un caso concreto dentro del proceso, es decir siempre que sea respetuosa del derecho a la intimidad de las personas, la libertad probatoria no exime de reglas de valoración como la lógica, máximas de experiencia, es decir sana crítica.

7. LA DECLARACIÓN TESTIFICAL COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN

Primero ha de determinarse qué se va a concebir como un acto de investigación. Una aproximación ha de sostenerse que son todas aquellas diligencias que nos conducen a conocer la supuesta perpetración de hechos delictivos, identificar medios de prueba y al sujeto a quien se le atribuyen. Estos actos de investigación se convierten posteriormente en medios de prueba que serán objeto del juicio, en caso de existir tipicidad y probabilidad de un sujeto activo de esos hechos. Tales actos de investigación, no son realizados por órgano jurisdiccional, sino en sede Fiscalía General de la República o en sus agencias respectivas y también se realizan en la Policía Nacional Civil bajo la dirección funcional del titular del ente acusador, o incluso, bajo la dirección del Juez que controla la instrucción y están encaminados a fundar la acusación¹¹⁹. Como puede colegirse, la finalidad es reunir indicios probatorios e individualizar al supuesto sujeto activo del delito para luego formalizar el requerimiento y acusación respectivamente, y dentro de esa diligencia o actos investigativos, se tiene como objetivo identificar a posibles testigos; y

¹¹⁸ CHOCLÁN MONTANO, José Antonio, “La prueba Videográfica en el Proceso Penal: Validez y Límites”, en *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, N° 38, Madrid, 1995, p. 48. Últimamente se viene planteando en los Tribunales de Justicia, con cierta frecuencia, la importante cuestión de la admisibilidad y validez de la llamada prueba videográfica, consistente en la filmación mediante vídeo de actividades de los sospechosos por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o sencillamente por los medios de comunicación social, incluso por particulares, y sus posterior incorporación al proceso criminal con la finalidad de facilitar la instrucción de la causa mediante la identificación del imputado y la ulterior utilización como medio de prueba en las sesiones del juicio oral.

¹¹⁹ DEU, Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 156. Es precisamente en relación con el valor que cabe otorgar a las diligencias que examinaremos seguidamente cuando surge la necesidad de adelantar o mejor, aclarar previamente, la importante diferencia que existe entre los actos de investigación y los actos de prueba. Aunque ambos conducen a conocer los hechos relevantes para el proceso, los primeros, o no son realizados por un órgano jurisdiccional (policía judicial, MF), o, aun llevándose a cabo por el juez, se integran a la fase preliminar, y por ende, tienden a la finalidad propia de ésta (determinar si existe o no acción penal: hechos presuntamente delictivos y sujeto a quién imputarlos) y no a la probatoria; y se practican sin las necesarias garantías (publicidad, contradicción).

como parte de la investigación, hay necesidad de tomar declaraciones a dichas personas, que en lenguaje forense nuestro se les denomina entrevistas¹²⁰.

Pero tales diligencias o actos de investigación como ya hemos afirmado carecen de fuerza probatoria¹²¹ para desvirtuar la presunción de inocencia que tiene todo ciudadano por atribuirle la calidad de inculcado, esto lo reconoce la doctrina, la jurisprudencia y el Código Procesal Penal¹²²; y es que, de dárseles valor probatorio estaríamos desnaturalizando la prueba testimonial y la convertiríamos en prueba documental, porque sería el acta lo que el juzgador debería de valorar de acuerdo al sistema de valoración de la sana crítica. Esas actas donde consta la entrevista del testigo pueden ser utilizadas en el momento que la persona del testigo está rindiendo su declaración, pero su utilidad va estar vinculada al interrogatorio directo o del contrainterrogatorio y tiene una finalidad específica, como es poner entre dicho la credibilidad del testigo o fortalecer la información que está proporcionando durante el juicio, según sea el caso.

En consecuencia quien debe de suministrar la información al momento del juicio es el testigo, órgano de prueba que lleva la información al juzgador, y no el acta que elabora el ente investigador. El solo hecho de constar en un documento, no lo hace tampoco prueba documental¹²³, pues la misma legislación,

¹²⁰ Art. 273 inc. 1° Pr. Pn. Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes: ”6) *interrogar a los testigos resumiendo la entrevista en un acta sucinta*”.

¹²¹ DAYENOFF, David E., *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1997, p. 245. “*Esta etapa judicial no tiene por sí misma una valoración que la haga definitiva en ninguno de los aspectos, que puedan ser alterados con posterioridad por distintas apreciaciones de los hechos y conductas o por diversidad de tipificación y encuadramientos de otros magistrados, que fundaran sus opiniones y decisiones al respecto*”.

¹²² Art. 311 Pr. Pn. Documentación y valor de las actuaciones. “*Las diligencias practicadas constarán en actas, conforme lo previsto en este código. Con ellas se formará un expediente en el que se incluirán sólo las imprescindibles. Solo los medios de prueba reconocidos en este Código tendrán valor para probar los hechos en el juicio; las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor*”.

¹²³ CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia definitiva, referencia 148-12-2, dictada el 27 de julio de 2012. La jurisprudencia ha argumentado: “*...Los actos de investigación no son prueba documental, el que se documenten un acto no lo convierte en documento en el sentido probatorio a los efectos del juicio oral. Las diligencias de investigación puede generar hipótesis de probabilidad en la instrucción mas no son útiles para generar convicción a los efectos de dictar sentencia definitiva. Esas diligencias concretan actos que no se realizan a presencia judicial ni de las partes perjudicadas, por lo que a fin de incorporar la información así obtenida para que se valore en el juicio se vuelve imperativa la presencia y declaración de los intervinientes en la vista pública. La práctica de incorporar por su lectura los actos de la instrucción de forma sistemática es correspondiente a aquellos sistemas en que esos actos de forma general son realizados por los jueces, como sucedía en el modelo de proceso penal vigente en El Salvador desde 1974 hasta 1998. En el modelo de proceso penal salvadoreño vigente esos actos no son realizados judicialmente sino por la policía bajo la dirección del fiscal, y sin contradicción (véase los arts. 270, 271, 304 Pr.Pn.), de ahí que tenga sentido la falta de valor en la etapa del juicio, aunque sí lo tienen a los efectos de decidir actos de instrucción (adopción de medidas cautelares, autorización de actos urgentes de comprobación que afectan*

artículo antes citado, se encarga de indicar que carecen de valor probatorio. Señalado lo anterior, todo acto de investigación tiene su propia trascendencia o eficacia jurídica, puesto que servirá de parámetro como indicios de una probable participación de un determinado sujeto como autor o partícipe. De ahí que un primer efecto será que con ello, puede formularse una imputación por parte del ente acusador; igualmente servirá para la fundamentación de la adopción de medidas limitativas al derecho de libertad, es decir medidas cautelares como la detención provisional¹²⁴. Por ello hay que distinguir entre actos de investigación y actos de prueba, ya que estos últimos deben de estar revestidos de una serie de principios y garantías¹²⁵ como son contradicción, igualdad, publicidad, oralidad, inmediación y que el juez sea imparcial e institucionalmente dotado de independencia, sin embargo en los actos de investigación no se encuentran presentes estos principios en su plenitud.

8. DECLARACIÓN TESTIFICAL ANTICIPADA

En nuestra cultura jurídica ya asimilamos que las pruebas deben de ser inmediadas, por excelencia durante el juicio oral y público denominada vista pública. No es algo caprichoso de las partes o del juez, lo manda el debido proceso¹²⁶, que tiene su asidero desde la Constitución en el art. 11 Cn., ya antes citado y el art. 1 Pr. Pn.,¹²⁷ donde se potencia el principio de oralidad, concentración, publicidad,

derechos fundamentales, anticipos de prueba, apertura a juicio o en su caso sobreseimiento)”.

¹²⁴ Art.329 Pr. Pn. Para decretar la detención provisional del imputado, deberán de concurrir los requisitos siguientes: “1) *Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.* 2) *Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar*”.

¹²⁵ CASTRO, César San Martín, *Derecho Procesal Penal*, volumen II, 2ª ed., Editora jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 795. Para los actos de prueba, en cambio, la contradicción es plena. Se exige: (1) el concurso obligatorio de las partes necesarias cuando menos; (2) La defensa obligatoria para el imputado; (3) El interrogatorio cruzado por las partes al órgano de prueba, esto es, a los testigos y peritos (el código de 1940, incompresiblemente, impone un *cross examination* mediatizado o indirecto para las partes privadas); (4) La declaración del acusado ante todas las partes; y (5) la imposibilidad de declarar el secreto del juicio, impidiéndole que alguna de ellas sea prohibida de presenciar e intervenir en momento alguno del debate.

¹²⁶ WOLFE, Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p.201. “*La doctrina del proceso debido sustantivo se denomina así porque la investigación se centra no en el procedimiento legal por el que uno es declarado culpable y castigado (privado de vida, libertad o propiedad) por haber violado la ley, sino más bien en la propia ley en si a una persona se le puede legítimamente exigir que obedezca dicha ley. Una formulación típica de esta doctrina es que prohíbe al gobierno privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad arbitrariamente, es decir, sin bases suficientes para hacerlo*”.

¹²⁷ Art. 1 Pr. Pn. Juicio Previo. “*Ninguna persona podrá condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en el Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia*

contradicción entre otros, para determinar si la persona a quien se le atribuye una imputación de naturaleza penal es culpable o si por el contrario mantiene su estado de inocencia que siempre le ha reconocido el Estado dentro del proceso. De ahí que la sentencia se debe basar en la actividad probatoria que se desplegó en la vista pública, bajo el control del juez y de las partes, con presencia del encartado. Si bien hay casos donde la prueba no se produce en el momento del desarrollo de la vista pública sino en la etapa de la instrucción, ya sea en su primera fase inicial o en la segunda fase instrucción formal, la misma ley contempla dicha posibilidad de manera excepcional.

La prueba anticipada es aceptada por los tratadistas¹²⁸, la jurisprudencia y el mismo Código Procesal Penal, pero igualmente no es algo antojadizo sino que es necesario establecerse ciertos presupuestos procesales, que hay que respetar. Ya dejamos sentado que las pruebas se reciben en el juicio, pero ese principio no es absoluto como muchos derechos, y es así como se introduce la figura procesal del anticipo de prueba testimonial en el art. 305 Pr. Pn.¹²⁹, al juez hay que establecerle los supuestos en que se encuentra el testigo o el imputado para que proceda la aplicación del anticipo probatorio, porque la rebeldía o de incapacidad sobreviniente no es para el testigo, sino para el encartado, practicar este acto de prueba fuera del juicio no debe afectar, en esencia las garantías judiciales o derechos del imputado siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la prueba anticipada. Pero en el momento del debate es necesario darle vida a los principios propios de la vista pública y el objetivo es no perder definitivamente aquellos elementos o medios de prueba pertinentes y necesarios para decidir el caso. Ante el riesgo y posibilidad de que no se pueda contar con ellos al momento de la vista pública, es que su declaración se va introducir dándole lectura al acta donde consta ya la declaración o la reproducción de la grabación magnetofónica o videográfica, y esa será la que valorará el juez examinando si se han respetado las garantías mínimas exigidas¹³⁰.

estricta de las garantías y derechos previstos para las personas”.

¹²⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 148. “Durante la fase de instrucción se realizan las diligencias necesarias encaminadas a la comprobación del delito y averiguación del delincuente. Dichas diligencias no constituyen prueba. No son más que actividad de instrucción. La prueba sólo se practica contradictoriamente y, con tal carácter, en el juicio oral. Ello no impide que puedan practicarse pruebas anticipadamente, sobre todo cuando es imposible repetirlas en el juicio oral. Pero en estos casos se han de observar las oportunas garantías de contradicción”.

¹²⁹ Art. 305 Pr. Pn. Anticipo de Prueba Testimonial. “En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada, cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública y dicha norma el legislador a manera de ejemplo menciona algunos supuestos de obstáculos difícil de superar como enfermedad, amenazas, residir fuera del país, caso de rebeldía del imputado, la minoridad de edad e incluso habilita el anticipo de la prueba testimonial sin la presencia del acusado en casos de suma urgencia”.

¹³⁰ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 439-CAS-2007, dictado el 20 de marzo de 2009. Al respecto sostuvo en relación al anticipo probatorios: “...En el

Dentro de los presupuestos de los anticipos probatorios¹³¹, que ha de cumplirse o que deben de estar presentes para su procedencia, está un aspecto material que es la irrepetibilidad, es decir no podrán reproducidas en la vista pública; esto debe de acreditarse, no basta una argumentación; tales como enfermedad grave, peligro de ausencia; un segundo aspecto de carácter subjetivo, está referido a la intervención física del Juez o Magistrado y su posibilidad de inmediación¹³², es decir la actividad probatoria no se debe neutralizar la imparcialidad e independencia y ello quien lo garantiza es el juzgador, por ello se requiere su presencia física así evitar una justicia delegada, también ha de citarse a las partes acreditadas en el proceso y tercer aspecto que es de naturaleza formal, esto se ha de cumplirlo, que esa declaración ha de introducirse por medio de su lectura al juicio. Esto último se conoce como la oralización de los medios probatorios e impedir que puedan introducirse como pruebas actos de investigación, es decir que solo tendrán calidad de prueba ese anticipo y no entrevistas de testigos.

caso que aquí se somete a conocimiento, no ha ocurrido irregularidades procesales que afecten el interés privativo de alguna de las partes, ni se advierte anomalías respecto del derecho a la defensa o al principio de contradicción, en tanto que, la declaración se realizó con el carácter de prueba anticipada, por una parte, fue admitida e incorporada en el auto de apertura a juicio, tal como lo dispone el artículo 351 del Código Procesal Penal fue rendida ante el Tribunal de Instrucción Especializado de San Miguel, con conocimiento tanto de la representación fiscal, así como de los profesionales que ejercieron la defensa técnica de cada uno de los imputados. De tal suerte que, las partes procesales dispusieron de la facultad de someterlos a examen los argumentos vertidos por el testigo, a través de la oralidad. Así pues, es oportuno afirmar que en la temprana declaración del deponente, que por razones de urgencia y necesidad de asegurar sus resultados, fue rendida previamente a la vista pública, se verificó el principio de inmediación de la prueba”.

¹³¹ CASTRO, César San Martín, *Op. cit.*, p. 86. Debemos de entender por prueba anticipada, aquella practicada siempre con intervención del Juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión, esto es, cuando no son reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario. Prueba preconstituida es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal –en la denominada fase preprocesal– cuanto en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o muy difícil reproducción.

¹³² BACIGALUPO, Enrique, *Monografías Jurídicas, Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 169. “De la cláusula << un proceso con todas las garantías>> la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo dedujeron una serie de principios cuya función es la legitimación del proceso penal desde el punto de vista constitucional. En este conjunto de principios se encuentra el de publicidad, el de oralidad, el de inmediación, el de concentración, el de contradicción, el de valoración de la prueba en consecuencia, el principio acusatorio y el de la presunción de inocencia. Casi todos son principios del juicio oral y así surge de la jurisprudencia en esta materia. En efecto, no se ha planteado en ningún caso p.ej. los principios de oralidad, inmediación o contradicción mencionados, tengan vigencia en el sumario, cuyas diligencias, por sí mismas, no pueden fundamentar la condena”.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA TESTIMONIAL BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

SUMARIO: 1. Fundamento Jurídico; 2. Aplicación del Régimen de Protección; 2.1 Principio de Protección; 2.2 El Principio de Proporcionalidad y Necesidad; 2.3 El Principio de Confidencialidad; 3. Medidas de Protección; 3.1 Procedimiento para la Aplicación de las Medidas de Protección; 4. El Testigo Protegido y su Relación con otras figuras; 4.1 Testigo Anónimo; 4.2 Testigo Arrepentido; 4.3 Confidente; 5. Testigo Protegido y Debido Proceso.

1. FUNDAMENTO JURÍDICO

Todo proceso de formación de leyes, ha de tomar en cuenta todo el sistema jurídico. Puesto que una nueva ley ha de insertarse en el sistema jurídico existente partiendo de la Constitución, el legislador secundario ha de tomar como orientación para los nuevos decretos, la ley primaria. De acuerdo a esta premisa, la figura procesal del testigo protegido y su normativa tiene su asidero constitucional en el art. 2 inc. 1° de la Cn.¹³³, donde el Estado tiene obligación de proteger a todos sus ciudadanos¹³⁴ y en especial aquellos que han de colaborar en la administración de justicia. Por lo que podemos afirmar que la protección de testigos tiene su asidero en la norma primaria antes referida; el primer derecho a proteger es la vida, esto es así, puesto que sobre la persona gira todos los demás derechos; adicionalmente toda la actividad del Estado gira alrededor de la persona humana y la cual es su origen y fin. Al proteger al testigo se está potenciando otro derecho constitucional como es la seguridad jurídica¹³⁵.

Un primer intento del legislador secundario por regular en una norma jurídica la figura procesal del testigo protegido, fue con la promulgación de la LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA

¹³³ Art. 2 Cn. Inc. 1° “*Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos*”. A manera de comentario hay que indicar que esto es lo que se conoce como protección constitucional de los derechos fundamentales, esto derechos enunciados no son los únicos derechos que se protegen no debe de entenderse así.

¹³⁴ Los Estados están obligados a proteger a todos sus habitantes y el habitante tiene el derecho a ser protegido en todos sus derechos, por todas las instancias estatales, por lo que esto viene hacer como una moneda que depende de donde la analice será un derecho o será una obligación, esta protección debe de hacerse buscando un equilibrio con el derecho de defensa del imputado, es decir respetando las garantías judiciales.

¹³⁵ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 286. Por supuesto que hay diferentes grados en esa omnicompreensiva responsabilidad por la seguridad jurídica. Especialmente pesa una gran cuota de ella en aquellos que cuentan con poder para crear derecho estableciendo lo que otros deben, no deben o les está permito hacer. Cuanto más jerárquico y comprensivo sea ese poder jurígeno, mayor será la atención que debe de prestarle en relación a las exigencias de la seguridad jurídica. Sin perjuicio de esa responsabilidad directa, también existe una especie de responsabilidad indirecta, en cuanto que sujetos y destinatarios del derecho debemos bregar, con los medios a nuestro alcance, para que el derecho que nos rija sea el mejor posible.

DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO¹³⁶, la cual en su art. 10 inc. 3° sancionaba a miembros de la Policía Nacional Civil y terceros que no guardaran reserva de identidad de testigos, ofendidos o víctimas¹³⁷, también existía un segundo artículo como es el 25¹³⁸, regulaba ya ciertas obligaciones que imponía el Estado como una medida de política criminal, la Protección de Víctimas y Testigos. Una primera obligación se le imponía a la Policía Nacional Civil pero era con el objeto de asegurar el normal desarrollo del proceso es decir, que un principio el Estado fue prudente y respetuoso de los derechos del imputado, en cuanto a la idea de otorgar protección al testigo, ésta tenía fundamento en la necesidad de protegerlo en su vida o integridad personal, así como la de su familia, además se buscaba el normal desarrollo del proceso. Pero era el juez quien controlaba su incumplimiento a la protección, que regula la ley transitoria antes citada para las personas de los testigos, ofendidos o víctimas, hoy en día la protección se le encomienda a un ente administrativo.

En segundo lugar la obligación de proteger a los testigos y víctimas, la tenían las partes pues debían de guardar reserva de la identidad de los testigos, ofendidos y víctimas, como podrá inferirse de esas dos disposiciones con contenido de protección de testigos estaba encaminada a cierta criminalidad. Y no era para el caso delitos de bagatela, sino que era esa criminalidad que mina las instituciones encargadas de controlar la delincuencia organizada¹³⁹; dicha normativa especial no fue posible su

¹³⁶ LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO, D. L. N° 668, del 19 de marzo de 1996, D.O. N° 58 Tomo 330, publicado el 22 de marzo de 1996. Normativa que en sus considerando plasma que el gobierno tiene la obligación de dictar medidas para la protección y defensa de la vida, la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad y ante el incremento de la criminalidad es necesario realizar acciones contra el combate a la delincuencia y asegurar mayor eficacia en la investigación, juzgamiento y sancionar los delitos más graves.

¹³⁷ Art. 10 inc. 3° LTECDYCO. *“Las partes, los miembros de la Policía Nacional Civil y los terceros que infringieren la obligación de guardar reserva de la identidad de los testigos, ofendidos o víctimas, serán sancionados por el juez, previa audiencia y sin formación de causa, con una multa no menor de mil ni mayor de veinticinco mil colones, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan incurrir”.*

¹³⁸ Art. 25 LTECDYCO. *“La policía Nacional Civil deberá otorgar protección a testigos, ofendidos o víctimas con el fin de asegurar el normal desarrollo del proceso; así como proporcionar seguridad a Magistrados, Jueces, Fiscales y Defensores, cuando fuere necesario por requerimiento de la Fiscalía General de la República o del Órgano Judicial. La Policía Nacional Civil y las partes están en la obligación de guardar reserva de la identidad de los testigos, ofendidos o víctimas y si le revelaren serán sancionados de conformidad con lo establecido por esta ley”.*

¹³⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos de Organización*, Ed. B de F, Montevideo, 2008, pp. 22-23. *“Es habitual que se manifieste -tanto desde una perspectiva afirmativa como desde un punto de vista crítico- que los nuevos delitos dirigidos a la represión de agentes colectivos serían especialmente importantes en la lucha contra “el nuevo crimen”, es decir, en el marco de una perspectiva de prevención fáctico-policial. En la ciencia del Derecho penal, también se le atribuye una extraordinaria significación respecto de la cuestión del mantenimiento de un Derecho penal acorde al Estado de Derecho: en efecto, el único consenso teórico (casi) completo está en la constatación de partida de que aquí existe [“una presión de legitimación especial”]. Esta presión (teórica) importa bastante poco*

aplicación porque una serie de artículos fueron declarados inconstitucionales¹⁴⁰, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por vulnerar derechos constitucionales y se volvió una ley fallida, aquí tenemos la aplicación del principio de publicidad relativa porque lo que se protegía era la identidad de la persona del testigo; en este cuerpo legal incluían en la protección a Magistrados, Jueces, Fiscales y Defensores.

Posteriormente, en un segundo momento, de intentar fundamentar jurídicamente la protección de testigos, se optó por la regulación en el Código Procesal Penal, que entró en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho¹⁴¹, el cual contenía ya una norma que hacía referencia al deber del Estado de proteger a los testigos y originalmente se lo encomendaba a los oficiales y agentes de la Policía Nacional Civil. Esto era solo un germen, de lo que hoy tenemos normado en una ley especial como la protección de testigos, víctimas y peritos, la disposición legal a que se ha hecho alusión es el art. 241 Inc.1° N° 11 Pr. Pn¹⁴²., derogado, esta norma estuvo vigente y era de aplicación inmediata pero lastimosamente no tuvo la aplicabilidad para casos graves, donde era idóneo este mecanismo, en consecuencia no tuvo la eficacia por parte de la Policía Nacional Civil o de la Fiscalía General de la República y por último del Juez, es decir que fue una norma jurídica que pasó desapercibida por los operadores de la administración de justicia.

Una tercera situación se da cuanto el legislador secundario expresamente regula la protección de testigos y peritos en el Código Procesal Penal. Tal decisión se materializa al introducir una reforma a

a la praxis legislativa y de aplicación: de hecho se trata de unos de los terrenos en los que se expande el llamado Derecho penal del enemigo”.

¹⁴⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, con Referencia 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 (acum.), de fecha 14 de febrero del 1997. Declaró inconstitucional los artículos siguientes: Art. 2 incisos 2° y 4°, 4, 6, 12, Art. 14 inciso 1°, 15, 22 de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado; por no regular un límite máximo temporal para la pena privativa de libertad y trasgrede el art. 27 Cn; por la creación de un tipo penal abierto y trasgrede los arts.2,8,15 Cn por ser lesivo a los principios libertad y legalidad; por no regular un límite máximo temporal para la pena privativa de libertad y viola el art.27 Cn; por autorizar a la Policía Nacional Civil órdenes de allanamiento y registro, trasgrede el art. 193 ordinal 3° Cn que le confiere al Fiscal General de la República la dirección de la investigación del delito; por prohibir la excarcelación viola los arts.2, 8 y12 Cn; por dar el mismo tratamiento penal a los menores y mayores de edad, infringe los arts.3 y 35 Cn.

¹⁴¹ CÓDIGO PROCESAL PENAL,D. L. N° 904 del 4 de diciembre de 1996, D.O N° 11 Tomo 334, publicado el 20 de enero de 1997. Tenía previsto que entrará en vigencia un año después de su publicación en el D. O., pero se prorrogó su entrada en vigencia según D.L. N° 203 de fecha 8 de enero de 1998, publicado en el D. O. N ° 5 T. 338 de fecha 9 de enero de 1998, por lo que dicho Código Procesal Penal entró en vigencia el día 20 de abril de 1998.

¹⁴² Art. 241 Inciso 1° N° 11 Pr. Pn. Atribuciones y Obligaciones. “*Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes: 1) Auxiliar a la víctima y proteger a los testigos*”.

partir de la adición de un capítulo en el Título V MEDIOS DE PRUEBA del Código Procesal penal¹⁴³ que estuvo en vigencia a partir del día veinte de abril de 1998, que se denominó CAPÍTULO VI BIS, RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PARA TESTIGOS Y PERITOS el cual contenía seis artículos referidos a este medio probatorio excepcional; siempre con la preocupación de las personas que han presenciado un hecho y deben concurrir o comparecer ante un Juez a expresar la verdad de lo que han percibido con sus sentidos. Para que no vayan a ser blanco de una amenaza o atentado contra su persona o sus familiares cercanos y sus bienes, es que el Estado ha recurrido a la implementación de medidas de protección, pero dicha ley regulaba presupuestos en los cuales procedía la aplicación de tales medidas, para ello exigía un peligro concreto y debería de ser en asuntos de naturaleza penal y estaban sujetas a ponderación del Juez competente¹⁴⁴, lo rescatable de esta reforma es que dentro del proceso quien decidía sobre la limitación al derecho a la defensa era el Juez¹⁴⁵.

Se cuenta también con normas especiales donde se regula la figura procesal de protección de testigo protegido, como es la LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO¹⁴⁶, donde la persona que tiene la calidad de testigo puede declarar en forma especial incluso utilizando el distorsionador de voz. Pero como es una limitación al derecho de defensa, será el Juez quien autorice tal mecanismo y serán

¹⁴³ D.L. N° 281 del 8 de febrero de 2001, D.O. N° 32 Tomo 350, publicado el 13 de febrero de 2001. Porque las que comprendía ya no solo estrictamente a testigos y peritos sino que se ampliaba la protección a cónyuge o persona en análoga relación de afectividad, sus descendientes, ascendientes o hermanos.

¹⁴⁴ Art. 210-D Inc. último Pr. Pn. *“Las medidas a que se refieren los literales a) y g) cuando se trate de procesos penales quedan libradas a sus adopción por el Juez competente. - y resulta que el primer literal se refiere cuando la persona que va declarar no se haga constar su nombre, apellido, domicilio, lugar de trabajo, profesión, pudiendo utilizar una clave para su identificación la cual se mantendrá en reserva y el segundo literal está referido que la persona protegida declare en un lugar reservado para su uso exclusivo; también se regula el derecho a la que la persona que goza de protección le sea notificada la sentencia que recaiga en el juicio respectivo y hacerle saber el avance del proceso como parte de la transparencia”.*

¹⁴⁵ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 435-CAS-2006, dictada el día 3 de abril del 2009. En relación a la prueba testimonial bajo régimen de protección estableció: *“Por lo expuesto, se concluye que si bien al ser decididas judicialmente por el juez de Paz y de Instrucción las medidas de protección, no se ratificaron expresamente las razones que las sustentaron originalmente, mas esto no tiene la virtud de negar la real existencia del peligro para el testigo y que justificaba la adopción de las medidas en comento, consecuentemente no existe la violación de ley que se acusa a través de este primer motivo, porque fueron efectivamente judicializadas y porque las razones en las que se basó su imposición fueron conocidas desde un inicio del proceso, permitiendo así a la parte defensora conocerlas y a partir de ahí ejercer los medios de control que estimare convenientes para contrarrestar materialmente las premisas en que se apoya”.*

¹⁴⁶ LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO, D. L. N° 108 del 21 de septiembre de 2006, D.O. N° 193 Tomo 373 del 17 de octubre del 2006. Ley que tiene por objetivo mantener la paz y seguridad internacional y darle cumplimiento a las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Es necesario combatir el terrorismo dentro de las conductas más graves, es decir el legislador está pensando en delito de trascendencia internacional y nacional pero no cualquier delito ni mucho menos delitos menos graves.

las partes quienes lo deben de solicitar¹⁴⁷, y esa modalidad es parte de la protección a personas que han de declarar en un proceso penal; en similares términos se estatuye en la LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA¹⁴⁸, normativa que se refiere a cierto tipo de criminalidad como un primer parámetro es para delitos graves, tanto en ámbito nacional como internacional y en caso que se requiera resguardar alguna evidencia como el testimonio de un testigo, en la modalidad de anticipo de pruebas, puede tomarse medidas de protección en coordinación con el organismo encargo del Programa de Protección de Víctimas y Testigos¹⁴⁹.

Por último se cuenta con la promulgación de la LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS¹⁵⁰, en la cual se regulan una serie de medidas de protección y de atención para víctimas, testigos u otras personas vinculadas con la investigación de un delito, para la implementación de las medidas de protección, ha de tomar en cuenta algunos principios como de protección, proporcionalidad y necesidad, de confidencialidad; a diferencia de todos los antecedentes antes citados, esta ley especial si bien es más completa, la potestad de otorgar las medidas de protección a las personas que han de intervenir en un proceso penal, están en poder de un ente administrativo como es la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia¹⁵¹, y no en una ponderación de un juez; y cuando la medida tenga la naturaleza de ser urgente, sí la puede adoptar un Juez, pero debe posteriormente informar al ente

¹⁴⁷ Art. 45 LECA. Declaración de agente encubierto, víctima o testigo. *“Será admisible como prueba la declaración del agente encubierto, víctima o testigo efectuada a través de medios electrónicos que permitan el interrogatorio en tiempo real y con distorsión de voz e imagen cuando por razones justificadas no estuvieren disponibles para realizarla en persona ante la autoridad competente. Esta medida será ordenada por el juez, a petición de cualquiera de las partes”*.

¹⁴⁸ LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA, D.L. N° 190 del 20 de diciembre de 2006, D.O. N° 13 Tomo 374, publicado el 22 de enero de 2007. Uno de los objetivos era ubicar ciertos delitos como graves, de realización compleja y además que son cometidos bajo la modalidad de crimen organizado y crear una jurisdicción para que conozca de tales hechos punibles.

¹⁴⁹ Art. 7 Inc. 1° LCODRC. Reglas de prueba. *“En cuanto a la Fiscalía, por considerar de urgencia debidamente razonada o por solicitud escrita del Organismo encargado del Programa de Protección de Víctimas y Testigos, tuviere la necesidad de documentar las evidencias y hallazgos, procederá conforme a lo dispuesto en el Art. 270 del Código Procesal Penal. Si el imputado no tuviere defensor nombrado, se aplicará lo regulado en el inciso cuarto de la disposición antes citada. El Juez Especializado de Instrucción será el competente para ordenar la práctica de estas diligencias”*.

¹⁵⁰ LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS, D.L. N° 1029 de 26 de abril de 2006, D.O. N° 95 Tomo 371, publicado el 25 de mayo del 2006. En sus considerando se justifica dicha normativa en que el Estado tiene el deber de proteger la vida, la integridad física y moral, la libertad, la propiedad, la seguridad y en especial las personas que intervienen en la investigación del delito o en procesos judiciales.

¹⁵¹ Art. 6 LEPVYT. Unidad Técnica Ejecutiva Del Sector Justicia. *“La unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, además de las funciones y atribuciones que le señala su Ley Orgánica será el organismo administrador del Programa de Protección de Víctimas y Testigos”*.

administrativo como es la Unidad Técnica¹⁵². Es decir, ya no están bajo el control del juez, su ponderación cuando procede o no, las medidas de protección de testigos, no obstante que incidirán para el momento como han de declarar en el juicio estas personas con dicho régimen.

Otro aspecto a considerar es que regula medios impugnativos como el Recurso de Revocatoria y de Revisión¹⁵³, primero hay que asumir que cuando se aborda el tema de los recursos es porque una de las partes o ambas están inconformes con la decisión que el Juez o funcionario ha adoptado, y quieren los afectados la modificación de esa decisión. Pero resulta que en un proceso investigativo o en el proceso propiamente dicho el Juez no es parte, es más hay una exigencia constitucional que debe ser imparcial como garantía que es, en un Estado de Derecho Constitucional, de ahí que es cuestionable que sea el juez quien tenga que impugnar una decisión. Existe una disfuncionalidad en cuanto a la institución de los recursos, en todo caso el Juez hará una valoración constitucional de esa medida y por esa vía es que el juzgador ha de examinar cualquier medida de protección adoptada¹⁵⁴, tiene el juzgador la facultad de inaplicar una norma jurídica o realizar una interpretación conforme a la constitución, de la ley especial objeto de estudio precitada.

Asimismo se cuenta con un reglamento de la ley precitada denominado REGLAMENTO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS¹⁵⁵, donde se regula la figura de la GERENCIA DE PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS¹⁵⁶. Dentro de sus atribuciones está la de

¹⁵² Art. 17 Inc. 1° LEPVYT. Aplicación de Medidas Urgentes. “*Los jueces y tribunales, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional Civil y la Unidad Técnica Ejecutiva, deberán adoptar una o varias medidas de protección urgentes; de acuerdo con el literal b número 3 del Art. 4 de esta Ley, en su caso, se informará inmediatamente a la Unidad Técnica*”.

¹⁵³ Dentro del proceso penal el Juez es quien va tomando las decisiones ante las pretensiones tanto de la defensa, querrela, fiscalía, víctima, imputado, ello se quiere afirmar que no es parte por ello no se debe de parcializar sino por el contrario el Juez es imparcial, esta es un disfunción de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos.

¹⁵⁴ Aquí nos encontramos en un tema de puro y duro derecho procesal constitucional, es decir la reflexión e interpretación por parte del Juez ordinario o del tribunal constitucional, de las garantías constitucionales y que sirve para potenciar la jerarquía constitucional y el cumplimiento de los derechos fundamentales, que se reconocen desde la constitución y demás normas del ordenamiento jurídico, como pueden ser tratados de derechos humanos o la misma ley secundaria, es decir se busca con ello la protección de lo que algunos tratadistas denominan derechos constitucionales y la jerarquía normativa de la constitución y son llamados para la protección los Jueces.

¹⁵⁵ REGLAMENTO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS, D. E. N° 89 del 2 de octubre de 2007, D. O. N° 195 Tomo 377, publicado el 19 de octubre del 2007. Con lo cual se busca un mejor desarrollo de los preceptos de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos y poder con ello cumplir con los principios que informan a la normativa antes mencionada.

conocer y resolver las solicitudes de medidas de protección y atención; y aplicar medidas de protección urgentes, siempre con la finalidad de evitar la manipulación de testigos; ya sea por amenazas, ofrecimientos de beneficios económicos por parte de profesionales del derecho no éticos. Es decir, lo que se busca con esta ley especial y su reglamento es cuidar de la fuente de prueba – ya sea testigos, peritos o declaraciones de imputados que quieren colaborar con la investigación o como testigo en el proceso- ya que puede estar sujeto a contingencias que en un momento determinado pueden influir en la fuente probatoria, o modificar el contenido esencial de sus manifestaciones ante el Juez.

No se puede obviar los instrumentos jurídicos internacionales como fundamento jurídico de la institución procesal del régimen de protección de testigos. Para ello ha de citarse la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su Artículo 24 número 1 regula la protección de los testigos¹⁵⁷, en iguales términos se estatuye el Artículo 25 número 1¹⁵⁸ del mismo cuerpo normativo convencional, que establece la asistencia y Protección a las Víctimas. Así también El Salvador ha ratificado el “Convenio Centro Americano Para la Protección de Víctimas, Peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el proceso penal, particularmente en la narco actividad y delincuencia organizada¹⁵⁹”, sobre esta temática ha habido esfuerzo a nivel de la comunidad internacional, regional e interno, salvo que a nivel interno se aplica para todos los delitos y a nivel externo solo para ciertos hechos punibles que sean graves; es decir, se ha desnaturalizado la figura del testigo protegido.

De los anteriores ordenamientos jurídicos relacionados se hacen las siguientes consideraciones: Que la normativa internacional, antes mencionada es Ley de la República de conformidad a lo dispuesto en el

¹⁵⁶ Art. 6 RLEPVYT. Gerencia de protección de víctimas y testigos. “*La Gerencia de Protección de Víctimas y Testigos de la Unidad Técnica, como dependencia directamente responsable de la operación del Programa, estará a cargo de un Gerente, en lo sucesivo ‘el Gerente de Protección’; y contará con los Equipos Técnicos Evaluadores que determine la Comisión Coordinadora y que serán creados por ésta; así como por las unidades de informática, servicios de apoyo administrativo y otros que resulten necesarios por razones del servicio*”.

¹⁵⁷ Art. 24 N° 1 CNUCDOT. “*Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas*”.

¹⁵⁸ Art. 25 N° 1 CNUCDOT. “*Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza, de represalia o intimidación*”.

¹⁵⁹ CONVENIO CENTRO AMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS, PERITOS Y DEMÁS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA INVESTIGACIÓN Y EN EL PROCESO PENAL, PARTICULARMENTE EN LA NARCO ACTIVIDAD Y DELINCUENCIA ORGANIZADA, Aprobado el 11 de diciembre de 2007, Ratificado por El Salvador por D. L N° 717, de fecha 2 de octubre de 2008, publicado en D.O N°204, Tomo 381 de fecha 30 de octubre del 2008.

Artículo 144 Inc. 1° de la Constitución¹⁶⁰- hace en énfasis en que el testigo de identidad reservada debe ser utilizado para el combate en el campo de la delincuencia organizada o delitos graves; sin embargo la normativa especial, específicamente “Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos”, no indica en que ámbito delincencial ha de aplicarse. De ser sensatos y respetuosos de los parámetros del principio de proporcionalidad, debe de seguir la misma filosofía que sigue la normativa internacional, en el transcurso de la investigación ha de examinarse si cumple los parámetros exigidos en dicha normativa contra el combate a criminalidad organizada. De no especificarse para qué tipo de delincuencia se refiere, habrá que ser racional, porque a lo mejor habrá casos en los cuales no estemos en presencia de delincuencia organizada y sea necesario la aplicación de alguna de las medidas contempladas en la ley de la materia, de no ser así, se vuelve necesario su control Constitucional por parte del Juez ordinario de las medidas de protección a testigos¹⁶¹.

A nivel centroamericano se tiene que todos los países lo regulan ya sea con leyes específicas o normas incorporadas en los códigos, así se tiene que Guatemala tiene su Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal del año 2009¹⁶²; Honduras lo incorpora en el Código Procesal Penal de 2004¹⁶³; Nicaragua lo regula en la Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados, según Ley N° 735 Aprobada el nueve de septiembre del 2010, por la Asamblea Nacional y en su art. 75 Inc. 1° regula lo relativo a la solicitud¹⁶⁴ y Costa Rica lo estatuye con la Ley de Protección a Víctimas, testigos y demás

¹⁶⁰ Art. 144 Cn. “*Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador, En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado*”.

¹⁶¹ Siempre el Juez ordinario ha de estar examinando la Ley Especial Para la Protección de Víctimas y Testigos y su reglamento, desde un enfoque del procedimiento seguido de formación de la misma que establece la ley primaria y un segundo enfoque centrado así las medidas de protección están conforme con los principios y normas de la Constitución o por sí por el contrario contradice; ello no excluye por supuesto que lo pueda hacer cuando corresponda el Tribunal que tiene la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes como lo es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶² Decreto N°17 de 2009 dado por el Congreso Legislativo el 14 de abril de 2009 y en su art. 104 establece “*Medidas de Protección. El fiscal podrá establecer según el grado de riesgo o peligro existente, las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad y preservar la identidad del protegido y la de cambio de identidad y de la responsabilidad penal y administrativa por el incumplimiento de dicha obligación.*”

¹⁶³ Código Procesal Penal de Honduras Decreto del Congreso Nacional N° 9-99-E de fecha diecisiete de diciembre del dos mil cuatro en su art. 237 Inc. 1° establece “*Protección de los Testigos. Cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que ha de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime convenientes.....*”

¹⁶⁴ Art. 75 Inc. 1° “*Las solicitudes de colaboración de la autoridad central serán dirigidas a la máxima*

sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, Reformas y Adición al Código Procesal Penal y al Código Penal Aprobado por la Asamblea Legislativa según ley N° 8720 de fecha cuatro de marzo del dos mil nueve¹⁶⁵; en México se cuenta con Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, según decreto Presidencia de fecha trece de junio de dos mil doce; Colombia su regulación actual es de agosto del dos mil ocho en el Programa de Protección y Asistencia a Testigos, Víctimas e Intervinientes en el Proceso Penal de la Fiscalía General de la Nación y Argentina cuenta con el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, según Ley 25.764, aprobada por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación de Argentina.

2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

Se abordará en este apartado qué personas han de ser objeto de un régimen de protección, tomando en cuenta la experiencia diaria de la reticencia de sujetos en colaborar y que es necesario su aporte en la administración de justicia. Ya que el retraimiento de colaborar con la Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la República y con los Jueces a pesar de la existencia de mecanismos coercitivos para su cooperación en el esclarecimiento de hechos delictivos art. 77 Inc. 2° y 3° Pr.Pn.¹⁶⁶, se vuelven ineficaces el poder coercitivo incluso de la Policía, ante el temor a sufrir algún tipo de represalias, hace que no se cuenten con los testigos y esto no es aceptable en un Estado de Derecho, por lo que viene a constituir la prueba necesaria para sustentar los casos por parte del ente acusador. Estas circunstancias son las que ha tomado en cuenta como necesarias el legislador secundario, para crear normas jurídicas de salvaguarda para quienes tienen el rol de víctimas¹⁶⁷, testigos, peritos y otras personas vinculadas a ellos, pero debe de establecerse un parentesco, peligro o riesgo.

autoridad de la Policía Nacional, del Ejército de Nicaragua, del sistema Penitenciario y del Poder Judicial según sea el caso, por escrito y especificando las medidas de protección que deben de adoptarse.”

¹⁶⁵ *Ley de Protección a Víctimas, testigos y demás sujetos Intervinientes en el Proceso Penal, de la República de Costa Rica, Art. 1 –Objeto. El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, así como regular las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento.”*

¹⁶⁶ Art. 2° y 3° Pr.Pn. Poder Coercitivo. *“También podrán citar a testigos y víctimas, practicar todas las diligencias que consideren pertinentes para la investigación y, ordenar las medidas cautelares que sean de su competencia, todo de conformidad con la Constitución de la República, de este Código y demás leyes. Para estos efectos, podrán requerir la intervención de la Policía y disponer de todas las medidas que consideren necesarias y conforme con su competencia”.*

¹⁶⁷ La Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985, adoptada en el Séptimo Congreso, sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, regulo la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder en el artículo 6 inc. 1° literal “d” que se facilitará la adecuación de

Nuestra Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, no aparece delimitado a qué personas específicamente salvaguarda dicho régimen, ya que al hacer una interpretación del art. 2 LEPVYT¹⁶⁸, inicia haciendo una mención de personas con respectivo rol, así expresa que se aplicará a las víctimas, testigos¹⁶⁹, pero luego aplica un sistema genérico de sujetos que serán protegidos; ya que hay supuestos en los que a las personas solo exige una vinculación indirecta para que puedan potencialmente ser sujetos de dicha norma jurídica de protección, sin tener la calidad de víctima, ni testigo, ni perito; sino que puede ser cualquier persona con alguna vinculación con los que han de declarar, por lo que no es una norma taxativa¹⁷⁰ pues deja abierta la posibilidad de amparar, por ejemplo familiares, debe de hacerse una interpretación conforme a la Constitución, con el objeto de la misma ley que es la salvaguarda de ciertas personas que tengan relación con un proceso o personas cercanas y unidas por vínculos familiares, con los que han de declarar; esto es un aspecto subjetivo en el ámbito de aplicación¹⁷¹.

Tomando como base la unidad del ordenamiento jurídico, hay que sostener también que están amparados por la Ley Especial de Protección de Víctimas y Testigos. El imputado, siempre y cuando

los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas. d) Adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y las de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

¹⁶⁸ Art.2 LEPVYT. Sujetos. *“Las medidas de protección y atención previstas en la presente Ley, se aplicarán a las víctimas, testigos u otras personas que se encuentren en riesgo peligro por su intervención directa o indirecta con la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos”.*

¹⁶⁹ Como ya se ha afirmado en este trabajo testigo es la persona natural, que ha percibido por medio de sus sentidos o por algunos de ellos, un hecho punible, y como consecuencia de ser miembro de la sociedad y respetuoso del gobierno de las leyes, está en la obligación de colaborar en el esclarecimiento de tal hecho, para ello debe de concurrir ante el Juez que ha de decidir el caso a declarar sobre lo percibido con las limitantes legales expresamente establecidas en la ley.

¹⁷⁰ Ante normas que no son taxativas, el Juez ha de hacer una interpretación conforme a los motivos que influyeron en el legislador para la creación de dicha norma jurídica, primero debe de hacerse una interpretación literal porque hay caso que los enumera con precisión a que personas han de aplicarse el régimen de protección de testigos, pero luego expande su ámbito aplicación, ahí ha de recurrirse a la finalidad de dicha Ley es decir, si es protectora ha de concluirse que entran en ese ámbito de protección familiares pero que viven con la persona que ha de rendir un testimonio en un proceso criminal ya sea como víctima, testigo o perito.

¹⁷¹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 253-CAS-2005, dictada el 29 de noviembre de 2005. En relación a la prueba testimonial bajo régimen de protección estableció *“... tanto la víctima como el imputado se dedicaban a actividades relacionadas con las drogas, en un lugar ampliamente conocido a esos efectos, como es la Comunidad Tutunichapa. Dada la naturaleza de tales actividades, un criterio razonable orienta a considerar la existencia de un peligro derivado de posibles vínculos con actividades o grupos involucrados en el crimen organizado, de donde el riesgo potencial permitiría adoptar o mantener el régimen de protección. Sin embargo, el tribunal de sentencia descarta tales consideraciones, e incluso pretende suprimir el régimen de protección durante la fase del juicio, bajo el argumento de interpretar normas constitucionales y de convenios internacionales (...)”.*

tenga, la voluntad de cooperar con la investigación de un hecho punible con la Fiscalía General de la República, a quienes en la doctrina se les conoce como arrepentidos¹⁷² y en nuestra cultura jurídica Salvadoreña se les denomina criteriados. Tal denominación se deriva de la institución del Criterio de oportunidad, es decir, que es la persona del acusado que coopera en la investigación con el ente investigador, que la institución titular es la Fiscalía General de la República, por lo que debe considerarse como, una excepción al principio de legalidad, el cual establece que a toda persona que se le atribuye un hecho punible, debe de procesársele y castigársele, pero ante delinquentes que ayudan con la administración de justicia se prescinde de su persecución penal y hasta son merecedores de protección por parte del Estado, en su vida, integridad, con la aplicación de medidas de protección y de asistencia que regula de la Ley Especial de Protección de Víctimas y Testigos¹⁷³, en relación a los coimputados que coadyuvan.

Las medidas de protección o de atención pueden ser aplicadas en forma urgente por Jueces, Tribunales, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Policía Nacional Civil y la Unidad Técnica Ejecutiva¹⁷⁴; y su duración tendrá un plazo de diez días, y en forma definitiva lo hará la Unidad antes mencionada; sin embargo tratándose de medidas de protección o de atención definitivas solo se cuenta con un ente administrativo con tal facultad legales para su adopción o no, como es la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia¹⁷⁵. Siempre ha sido objeto de discusión sobre

¹⁷² Esto ha tenido como base lo que se conoce como Derecho Penal Premial, también se le conoce en doctrina como la Teoría de las Recompensas, en donde la persona que ha participado en un hecho delictivo o en varios proporciona información para descubrir los mismos, y asimismo evitar se cometan otros similares, claro a cambio de que se le prescinda de la acción penal en su contra, o se le atenúe la pena, es decir el Estado de Derecho le da ciertos beneficios a criminales a cambio de información eficaz para el combate de la criminalidad, esto tiene sus propias cuestionamientos, porque como es las leyes son para que se respeten y cumplan; sin embargo, a estos inculcados no se les aplica, pareciera un contra sentido, tal regulación de la figura del testigo de la corona como también se le conoce al arrepentido.

¹⁷³ Art. 20 Inc. 4° Pr. Pn., *“Para asegurar la colaboración y la declaración del imputado beneficiado con el criterio de oportunidad, podrá imponérsele o mantenérsele en su caso, las medidas cautelares alternativas o su sustitución a la detención provisional, así como alguna de las medidas del régimen de protección de víctimas y testigos”*.

¹⁷⁴ ART. 17 LEPVYT. Aplicación de Medidas de Protección Urgentes. *“Los jueces y tribunales, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Policía Nacional Civil y la Unidad Técnica Ejecutiva, deberán adoptar una o varias medidas de protección urgentes; de acuerdo con el literal b número 3 del Art. 4 de esta Ley, en su caso, se informará inmediatamente a la Unidad Técnica. La Unidad Técnica, dentro del plazo de diez días y previo dictamen de los Equipos Técnicos Evaluadores, confirmará, modificará o suprimirá las medidas de protección urgentes que se hubieren adoptado, notificando a la persona interesada y a las autoridades correspondientes”*.

¹⁷⁵ Art. 21 LEPVYT. Aplicación de Medidas de Protección Ordinarias y Extraordinarias. *“Recibido el dictamen de los Equipos Técnicos, la Unidad Técnica deberá analizar su contenido, resolver sobre la aplicación o no de una o varias de las medidas de protección recomendadas e informar sobre la decisión adoptada”*.

quien debería ser el ente del Estado, que tenga tal facultad, tomando como parámetro que tendrá su incidencia al momento de recibir la declaración a la persona protegida, puesto que tiene su afectación en el derecho de defensa y éste es un componente del debido proceso; por ello, sostengo, que estando en juego con un medio de prueba como es la testifical y su recepción durante la vista pública, el programa de protección de víctimas y testigos puede ser administrado por ese ente administrativo que regula esta ley especial, pero una cosa es la administración y otras circunstancias es quien en definitiva ha de autorizar las medidas de protección y esto último será necesariamente el Juez.

Pero las medidas deberán de dejarse expresamente establecidas en la ley, que estarán sujetas a examen o ratificación del Juez que ha de recibir la prueba. Porque tratándose de una limitación al derecho de defensa, la implementación de tales medidas de protección, su autorización solo puede habilitarla un Juez, siempre y cuando estemos dentro de un Estado de Derecho Constitucional, de lo contrario, bien podría limitarlo un ente administrativo, porque lo que interesa es la legalidad y sí así está regulado es legal¹⁷⁶. En este último, no se hace un análisis constitucional de las figuras procesales, estas limitaciones a derecho constitucionales es al igual que el derecho libertad ambulatoria, solo la puede limitar un Juez, claro provisionalmente la puede hacer un ente administrativo como son la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República, pero por un corto tiempo, de lo contrario esa limitación se vuelve ilegal y hay responsabilidad penal al ente del Estado, que no lleve a esa persona limitada de la libertad ambulatoria ante un Juez en el plazo legal.

Hay que reconocer que el ámbito de aplicación de la Ley Especial al igual en el ámbito subjetivo, es amplio¹⁷⁷. También en cuanto a bienes jurídicos que protege, hace una mención taxativa numerosa, y comprende la vida, integridad física y moral, libertad, propiedad y seguridad de las personas. Una

¹⁷⁶ CAPELLA, Juan Ramón, Elementos de Análisis Jurídico, 5ª ed. Ed. Trotta, Madrid 2008, p.87. *“Por ‘efectividad’ se entiende así una especie de eficacia particular, exclusivamente institucional. Una norma será efectiva si es tomada en cuenta por las instituciones públicas, por magistrados o funcionarios, incluso en el caso de que sea totalmente ineficaz respecto de los comportamientos de los seres humanos en sus relaciones particulares. Una norma es efectiva cuando los funcionarios, como cuestión de hecho, la obedecen o tienden a sancionar a quienes la contravienen, e inefectiva en caso contrario. Se trata de un predicado útil en el ámbito de la reflexión sociológica-jurídica, aunque también puede servir para precisar el alcance de ciertas discusiones formales.*

¹⁷⁷ El ofrecimiento y admisión de prueba testimonial bajo régimen de protección en forma indiscriminada no es la mejor solución para obtener un control de la criminalidad, mas por el contrario puede ser usado como un mecanismo que posibilita la preconstitución de pruebas falsas, y esto trae su propia consecuencia de fondo como es la desacreditación de la justicia penal, pues como ya se ha afirmado, afecta el principio de contradicción en su vertiente de confrontación, por ello esta modalidad de prueba debe de ser siempre la excepción, para ello debe de acreditarse y justificarse en su ofrecimiento y en la sentencia misma para que sea una decisión justa y legítima.

primera interpretación, en lo relativo a los bienes que protege, está relacionada con la persona del testigo y su seguridad; buscando con ello evitar cualquier forma de intimidación, amenaza, directa e indirecta, en la persona que ha de proporcionar información para resolver satisfactoriamente un caso, analizando cada situación en concreto para evitar el uso indiscriminado de tales medidas. El primer bien jurídico que protege es la vida que a nivel constitucional es el derecho fundamental esencial ya que, si no, se tiene la vida no se puede ser titular de los demás derechos fundamentales, en segundo lugar regula la integridad es decir evitar algún daño en el cuerpo de la persona protegida.

Su aplicación es para cualquier tipo de procedimiento y delito, puesto que no hace referencia la normativa especial, para qué casos proceden las medidas de protección, si para algunos delitos en especial, o solo de una naturaleza de hechos punibles, o teniendo como parámetros la gravedad o su trascendencia, sino que la ley se refiere a situación de riesgo. Tampoco indica que sea solo procede para el juicio ordinario, pues incluso se puede aplicar en procesos especiales, verbigracia la jurisdicción de Menores¹⁷⁸, como la jurisprudencia lo indica. No debemos de pasar inadvertidos que la Ley Especial en comento, regula medidas de protección y medidas de atención, como una de las primeras clasificaciones que podemos hacer las medidas previstas en dicho cuerpo legal, puesto que hay otra formas de ubicarlas, de ahí que teniendo en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico podemos sostener que las medidas de atención reguladas en el art. 4 Inc. 1° Lit. "C" LEPVYT¹⁷⁹, bien pueden aplicarse en materia de Violencia Intrafamiliar inclusive sin perjuicio que en forma subsidiaria a la LEY

¹⁷⁸ CAMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Incidente de Apelación, referencia N° 2-09-3-10-A, dictado el 27 de enero del 2010. En incidente de apelación, las víctimas eran identificados con la clave "Tigre" y "Paris", la cámara señalo: "... *El punto impugnado se ubica en la resolución que dicta el auto de mérito...en la audiencia preparatoria se han ofrecido de parte de la Fiscalía los testigos criteriados...pero no se han aplicado las reglas de la sana crítica (...). En relación a ello, en reiterados fallos, también se ha sentado, el criterio que en el proceso de menores, la etapa intermedia se constituye a partir de la presentación del escrito de promoción de la acción penal e inicio del trámite judicial hasta la celebración de la audiencia preparatoria y culmina con el auto de mérito o no mérito para la audiencia de Vista de la Causa; siendo que en la audiencia preparatoria, y en caso excepcionales en la Vista de la Causa, el Juez es el funcionario que acepta o rechaza la prueba, en tanto que la misma se refiera al objeto u objetos procesales motivo de la investigación y sirven para el esclarecimiento de los mismo*".

¹⁷⁹Art. 4 LEPVYT. Definiciones. "*Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por: Lit. "C" Medidas de atención. Son aquellas acciones complementarias destinadas a preservar la salud física o mental de las personas protegidas, a satisfacer sus necesidades básicas y a proporcionarles asesoría jurídica oportuna*".

CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR¹⁸⁰, ya que la precitada normativa regula medidas de protección de la salud mental para las víctimas¹⁸¹.

2.1 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Primeramente debemos de comprender que los principios han de ser los parámetros sobre los cuales deben de adoptarse las medidas de protección, ellos nos señalaran y pondrán límites a su aplicación; es decir, son los lineamientos que el legislador secundario a considerado necesario y justos tomarlos en cuenta al momento de implementar las medias de protección y de asistencia. Por lo que, los operadores del sistema penal no tienen una facultad ilimitada para su imposición, sino que se requiere de un examen ex ante y ex post, del ente administrativo que tiene a su cargo la administración del Programa de Protección de Víctimas y Testigos, como toda medida es por el tiempo necesario y no es para siempre. Sino que tiene su plazo, estos principios son el de Protección, Proporcionalidad y Necesidad, Confidencialidad, claro que esta ley especial no es taxativa en la exigencia de los principios que han de incidir en todo lo que se refiere a las medidas de protección o de asistencia¹⁸², porque hay otros aspectos a considerar y deben de ser examinados por el Juez que ha de recibir y valorar la prueba.

El legislador, ante ciertas circunstancias especiales, ha considerado implementar mecanismos de protección para testigos y peritos para evitar exponerlos en situaciones de riesgo o peligro. Dichos mecanismos son necesarios para el esclarecimiento de hechos punibles con sus deposiciones, por ello la norma del art. 3 Lit “a” LEPVYT¹⁸³, estable como uno de sus principales objetivos “la protección”. Hay que considerar que la norma jurídica precitada es un desarrollo de la Constitución, puesto que en su art.

¹⁸⁰ LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, D.L. N° 902, del 28 de noviembre de 1996, D.O. N° 241, Tomo 333, publicado el 20 de diciembre de 1996.

¹⁸¹ Art. 42 de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar. Sentencia en Materia Penal. *“Cuando se trate de hechos de violencia intrafamiliar sometidos a la jurisdicción penal ya sean personas sujetas a la presente ley, el Juez o Jueza durante la tramitación del proceso, deberá aplicar las medidas preventivas, cautelares y de protección pertinentes reguladas en esta normativa; esto a mi criterio debe de interpretarse como una aplicación ampliada de la Ley de Especial de Protección de testigos, aunque no tenemos una norma de remisión”*.

¹⁸² El Convenio Centroamericano para Protección de Víctimas, testigos, peritos, en su art.3 lit. “e” estatuye un principio que igualmente debe de ser tomado en cuenta al momento de implementar cualquier medida de protección o de asistencia como es el: Principio de celeridad y eficiencia: Todo el procedimiento debe conducirse con la mayor celeridad, con el objetivo de obtener resultados óptimos y oportunos, sin detrimento de los principios de confidencialidad y protección.

¹⁸³ Art. 3 Lit. a) LEPVYT. *“Principio de Protección: Toda autoridad, judicial o administrativa deberá considerar primordialmente la protección de la vida, integridad física y moral, libertad, propiedad y seguridad de las personas a que se refiere la presente ley”*.

2 Inc. 1° Cn.,¹⁸⁴ recoge el derecho a la protección y defensa de los derechos. Estamos en presencia del tema de los derechos individuales, porque están referidos o consagrados para la persona y el testigo es una persona natural por supuesto. Hay que aclarar que esta protección en un primer momento es de índole administrativa, a través de la Policía Nacional Civil, la Procuraduría General de la República y la Unidad Técnica Ejecutiva; y en un segundo momento es Judicial.

Y es que todo funcionario administrativo y judicial, está obligados a proteger los derechos constitucionales de todas las personas, como representantes que son del Estado. Más si se trata de aquellos sujetos de los cuales se requiere cierta información que deben de rendir en causa criminal con mayor razón, por último tiene el camino de la protección reforzada que establece el amparo¹⁸⁵, es decir que este principio debe de estar presente en todo momento de aplicar esta ley especial. Porque es una garantía y con ello se les da vigencia a todo ese catálogo de derechos, denominados “fundamentales” tanto por la jurisprudencia como por la doctrina constitucional y con ello los testigos o peritos tengan la posibilidad de colaborar, con los órganos competentes encargados de administrar justicia, por ello es que este principio lo reconoce la Constitución, la ley secundaria y la jurisprudencia. Con ello, se da seguridad jurídica a las personas que han de participar directa o indirectamente como testigos o peritos y se tendrá la certeza de que las instituciones estatales los protegerán en sus derechos y bienes y darán confianza a las personas que declaren, de que no serán afectadas ilegítimamente por particulares.

2.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y NECESIDAD

Es una necesidad reflexionar sobre el grado de riesgo o peligro en que se encuentran las personas que se requiere de su declaración testifical o pericial en un proceso penal. Por ello se justifica la adopción de las medidas de protección, dentro de la variedad que presenta la ley especial de la materia, donde se

¹⁸⁴ Art. 2 Cn. “*Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los derechos*”.

¹⁸⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Amparo, referencia 258-2004, dictada el 24 de agosto de 2006. Consideró: “*...En ese sentido, el Estado salvadoreño está obligado a dar protección integral a todos sus miembros, frente a actuaciones arbitrarias e ilegítimas que afecten la esfera jurídica de los mismos, por medio de un mecanismo –también creado constitucionalmente - denominado: proceso jurisdiccional. Dicho instrumento constituye el medio del que se auxilia el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia o, desde otra óptica -la de los sujetos pasivos de dichos reclamos-, dicho instrumento representa la forma a través de la cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados a su favor, mediante el procedimiento de la respectiva sentencia*”.

ven restringidos algunos principios fundamentales de todo proceso penal que adopta los Estados de Derecho Constitucional¹⁸⁶, que deben respetarse al momento de recibir dicha prueba; ya que no se debe de hacerse uso de una medida que no sea proporcional y necesaria, en pos de la efectividad del testimonio. Un aspecto que debe de aclararse es que se engloban dos principios en uno solo, es decir uno es el principio de proporcionalidad y otro principio es el de necesidad; sin embargo, los regula en un solo literal, siendo el “b” del art. 3 de la LEPVYT¹⁸⁷, dando la impresión de ser uno solo. Primero que hay indicar que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es la prohibición de excesos y más específicamente debemos de sostener, que para aplicar una medida de protección hay que hacer una ponderación de los intereses en conflicto, analizar sí el interés individual de proteger al testigo es proporcional a sacrificar o limitar el derecho de defensa del imputado, sí la obligación resulta excesiva la medida de protección no guarda entonces la proporcionalidad la medida de protección y deberá considerarse no admisible, por parte del juzgador e incluso de las partes.

De ahí la necesidad de analizar incluso la gravedad del hecho punible, donde es necesaria la deposición del testigo, víctima o perito protegido como medio de prueba extraordinario. Por ello se exige que haya una ponderación de intereses y buscar el justo equilibrio de ambos derechos en conflicto, en esa relación de medida de protección y finalidad perseguida¹⁸⁸. Este principio es recogido por ordenamientos jurídicos como el Código Penal, en la determinación de la pena en donde se establece que el hecho cometido por el autor será proporcional a su culpabilidad¹⁸⁹; los instrumentos jurídicos

¹⁸⁶ Un principio que se ve vulnerado relativamente es el de publicidad, ya que el testigo, víctima o perito por ejemplo no declara frente a frente con la persona a quien esta incriminando con su deposición, sino detrás de un biombo, el público presente también no tiene acceso a la visibilidad del declarante, en consecuencia existe una limitación justificada a la publicidad, regulada en el art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que regula que el juicio penal será público y excepcionalmente no lo será cuando hay que preservar intereses de la justicia.

¹⁸⁷ Art. 3 Lit. “b” LEPTYV. *“Principio de Proporcionalidad y Necesidad: Las medidas de protección y atención que se orden en virtud de la presente ley, deberán responder al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria de las mismas, y sólo podrán ser aplicadas en cuanto fueren necesarias para garantizar su seguridad”*.

¹⁸⁸ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 485-CAS-2008, dictada el 8 de marzo de 2011. Se pronuncia en los siguientes términos en relación a las medidas de protección: *“...La naturaleza cautelar y excepción de estas medidas, así como su finalidad que involucra la protección de bienes jurídicos que el Estado está igualmente obligado a tutelar y que se ven amenazados en el contexto de un proceso penal, justifica y legitima su adopción (...) Del criterio recién vertido, se destaca por una parte, la discrecionalidad judicial que debe prevalecer en el análisis del caso concreto(...)”*.

¹⁸⁹ Art. 63 Inc. 1° C. Pn. Determinación de la pena. *“La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta: 1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados; 2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho; 3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho; 4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del*

internacionales sobre derechos humanos igualmente lo regulan, a veces de forma expresa, otras de forma tácita, en las que se refieren la limitación de derechos fundamentales, siempre y cuando la medida de protección sea idónea, proporcional y necesaria, todo esto vinculado a temas de interés de seguridad pública, así lo establece la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁹⁰, por lo que este principio debe de ser respetado por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia al momento de otorgar las medidas de protección, no debe de ser aplicación automática de las medidas de protección o de asistencia.

En cuanto al Principio de Necesidad la doctrina suele denominarlo como de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o de subsidiariedad. Y obliga a todos los entes estatales y como consecuencia a los funcionarios, que han de aplicar las medidas de protección o de asistencia, que primero comparen y ponderen todas las medidas restrictivas que regula de la ley especial, las cuales son restrictivas del derecho de defensa y en especial de derecho de confrontación y elegir la menos lesiva para los derechos fundamentales. De ahí que se le suele denominarse principio comparativo y con una clara tendencia a la optimización de los derechos objeto de limitaciones, ya que se deben de rechazar medidas gravosas, cuando se cuenten con otras medidas menos gravosas aunque ambas sean perfectamente idóneas, para ello hay que tener muy claro la prelación de los valores que se tenga por ejemplo el valor libertad puede restringirse de varias modalidades no permitir la salida del país es menos gravosa que la detención provisional, por lo que en este principio se analiza el acto en concreto¹⁹¹.

autor; y, 5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales”.

¹⁹⁰ Art. 32 CADH. Correlación entre Deberes y Derechos. “*Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

¹⁹¹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p.198. En resumen, el principio de necesidad exige la comparación de la lesividad de aquellas medidas que sean suficientemente aptas para la consecución de la finalidad perseguida y, por tanto, determinar si un medio presenta una eficacia suficiente es un ineludible presupuesto de aplicación del principio de intervención mínima, aunque constituya una tarea que no siempre es fácil de realizar.

2.3 EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

Con la aplicación de este principio al momento de adoptar una medida de protección o de atención, el Estado a través de sus organismos estatales competentes, propicia en la persona del testigo, víctima o perito un ambiente de confianza, porque se evita que datos de las personas que hayan de declarar sean públicos, de ahí que se protege su revelación aún con sanción penal, la Divulgación de la Imagen o Revelación de Datos personales, de Personas Protegidas art. 147-F C. Pn.,¹⁹² y con ello se logra la sinceridad de la información que ha de proporcionar la persona protegida, al garantizar esa franqueza hace eliminar el temor a que sus datos personales protegidos sean utilizados para ubicarlo o identificarlo y con ello, atentar en contra de su persona o bienes, así lo establece el Principio de Confidencialidad en la LEPVYT¹⁹³. Aquí se establece una especie de sigilo acerca de datos de nombre y apellidos, de lugar de trabajo o estudio, de residencia o lugares que frecuenta la persona del testigo, hay que reconocer que este Principio de Confidencialidad solo se puede garantizar con una restricción al acceso a cierta información al público y alguna de las partes o sujetos del proceso.

El principio de Confidencialidad se puede analizar desde un punto de vista positivo, orientado a mantener en reserva datos necesarios de las personas que gozan de este régimen de protección; y en un sentido negativo, la no divulgación, no revelación de ciertos datos que puedan servir para identificar, localizar a la persona protegida, como bien podemos afirmar es una obligación de no hacer, por tener esa información de ser confidencialidad, no obstante que el Estado garantiza el derecho al acceso a la información pública, en busca de la transparencia, regulado últimamente en la recién aprobada Ley de Acceso a la Información Pública¹⁹⁴, busca potenciar el derecho fundamental a la información, que no es

¹⁹² Art. 147-F C. Pn. “*El que divulgaré la imagen o revelare datos que permitan identificar a una persona beneficiaria del Programa de Protección de Víctimas y Testigos será sancionado con prisión de cuatro a ocho años de prisión. La pena se agravará hasta en una tercera parte del máximo si ocurrieren lesiones o la muerte de la persona protegida o el hecho hubiere sido cometido por un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad*”.

¹⁹³ Art. 3 lit. c) LEPVYT. “*Principio de Confidencialidad: Toda la información y actividad administrativa o jurisdiccional relacionada con el ámbito de protección de las personas a que se refiere esta Ley deberá ser reservada para los fines de la investigación o del proceso respectivo, salvo los casos exceptuados por la presente ley*”.

¹⁹⁴ LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, D.L. 534, del 2 de diciembre de 2010, D.O. N° 70, Tomo 391, publicado el 8 de abril de 2011.

absoluto; ya que en el caso de testigos protegidos, constituye una excepción¹⁹⁵; la confidencialidad tiene su propio ámbito tanto en el aspecto subjetivo y objetivo¹⁹⁶, y busca evitar una virtual lesividad a las personas protegidas con ello se potencia, la seguridad jurídica, que también tiene límites o excepciones el principio de confidencialidad¹⁹⁷.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Las medidas de protección que regula la ley Especial de Protección de Víctimas y Testigos, pueden analizarse desde varios parámetros. Un primer enfoque que se puede hacer, es desde la perspectiva del momento en que se adoptan las medidas, de ahí que se puede sostener la existencia de medidas de protección extraprocesales y medidas de protección procesales; las primeras serán las que se adoptan antes de iniciarse el desarrollo del proceso, las cuales pueden ser dictadas por la Policía Nacional Civil o Fiscalía General de la República o incluso la Procuraduría General de la República¹⁹⁸, estas medidas de naturaleza extraprocesal se refieren por regla general a una protección policial del testigo o víctima, traslado en un vehículo estatal para cuando se le requiera para la práctica de alguna diligencia relacionada con objeto de investigación, permanencia en un lugar reservado antes, durante y

¹⁹⁵ Art. 3 Inc. 1° Lit. f) LAIP. *“Es información reservada: La que causará un serio perjuicio en la prevención, investigación o persecución de actos ilícitos, en la administración de justicia o en la verificación del cumplimiento de las leyes”.*

¹⁹⁶ En alguna medida se vincula al secreto profesional, de ahí que en el aspecto subjetivo está referido a la persona que tiene bajo su cargo el ente que almacena la información del testigo o perito protegido, pero alcanza este deber incluso a los particulares, porque la divulgación de dicha información es sancionada como delito para cualquier persona; desde el punto de vista objetivo, el principio de confidencialidad está referido a la materia que se ha de tener en reserva, que es lo relativo a datos personales y de familiares cercanos de un testigo que ha declarar en causa criminal, así como de sus bienes materiales como inmuebles ya que son lugares que la persona puede frecuentar y ahí atentarse contra dicho testigo o perito.

¹⁹⁷ Art. 28 LEPTYV. Identidad y Declaración de la Persona Protegida. *“En el caso de la medida de protección a que se refiere la letra a) del artículo 10 de la presente Ley, la Unidad Técnica informará de manera confidencial al Juez de la causa la identidad de la persona protegida, quien deberá mantener los datos en archivo confidencial. No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, el juez podrá excepcionalmente, dar a conocer a las partes la identidad de la persona protegida, previa petición debidamente razonada, sólo para los efectos del interrogatorio y en circunstancias que no sean observadas por el imputado. La resolución judicial que permita conocer la identidad de la persona protegida, deberá estar fundamentada considerando cualquier de los aspectos siguientes: a) Que sea indispensable conocer las circunstancias personales del protegido; b) Que existan relaciones precedentes entre el testigo y los autores o partícipes del hecho delictivo que hagan innecesaria la medida. c) Que sea la única prueba en el proceso. Cuando no se revele la identidad del testigo deben propiciarse las condiciones que garanticen la contradicción del testimonio”.*

¹⁹⁸ Una primera interpretación de la adopción de medidas de protección extraprocesales, también denominadas administrativas, es que no afectan en sí el desarrollo del proceso; pero no por ello están habilitados a hacer un uso indiscriminado de las mismas, sino que siempre tienen que respetar los principios que la rigen. La protección en estos casos estará a cargo de la Policía Nacional Civil, quien suele ser el primero que entra en contacto con la escena del delito y con algunos testigos o víctimas.

después del juicio respectivo en el que debe de prestar su testimonio, cambio de su nombre y apellido verdadero, provisión de medios económicos para su cambio de residencia¹⁹⁹.

En cambio las medidas de protección de víctimas y testigos de índole procesal, se implementan cuando el proceso ya está en marcha. Con ellas, se influye en la limitación de ciertos derechos del encartado²⁰⁰ y están vinculadas a la reserva de identidad del testigo o víctima protegida, imposibilidad de identificación física del mismo, para lo cual se suele utilizar varios métodos, entre ellos el más sencillo y el más utilizado por los tribunales locales, es la colocación de un biombo para que detrás de él declare el testigo, con la finalidad de que no sea visto ni por el público ni por el imputado y que solo sea escuchado por las partes, y en algunas ocasiones se autoriza además, un aparato denominado distorsionador de voz²⁰¹, sufriendo el derecho de defensa una afectación no proporcional, vulnerando la prohibición de exceso. En estos casos, se hace un juicio de ponderación ya que tales medidas no deben afectar el núcleo o la esencia del derecho de defensa, porque todo procesado tiene derecho a un juicio justo, por ello hay que indicar que la protección de testigos es diferente en cada etapa procesal, y siendo el juicio oral la etapa central del proceso, por cuanto es allí, donde entran en juego todos los principios del proceso penal, como la contradicción, inmediación, publicidad, entre otros, las medidas de protección deben someterse a un juicio de ponderación más minucioso.

¹⁹⁹ Estas medidas de protección extraprocesales tienen por finalidad garantizar un normal desarrollo de la vida de la persona que está colaborando con la administración de justicia, es decir del testigo o víctima protegido, como podrá entenderse no influye en mayor medida en el proceso, ni modifica el contenido esencial del debido proceso ya que no se percibe una afectación en los derechos procesales del inculcado.

²⁰⁰ El derecho que se ve afectado es el de defensa en atención a que se limita la contradicción. Este derecho se encuentra regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su Art. 8. 2 literal f señala, que el derecho de la defensa implica el tener la posibilidad de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Resulta que para la defensa el interrogatorio es un tanto limitado porque no podrá hacer preguntas sobre la identidad, lugar de residencia y de trabajo de la persona que está declarando en su contra.

²⁰¹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 112-CAS-2008, dictada el 8 de noviembre del 2010. La decisión mediante la cual se autoriza la utilización del distorsionador de voz, debe ser motivada, esto es, la adopción de dichas medidas no opera automáticamente. Así la Sala de lo Penal ha señalado: “IV) Vistos y analizado el argumento esgrimido por el reclamante, nota el Tribunal ad Quem que la inconformidad del recurrente radica en el desacuerdo con la resolución emitida por la Gerencia del Programa de Protección de Víctimas y Testigos, que autorizó el uso del distorsionador de voz para los deponentes identificados en el proceso como “FIDEL CASTRO” y “HERIBERTO” (...) advierte esta Sede que la misma se encuentra debidamente fundamentada, ya que se exponen las razones por las cuales considera viable autorizar una medida de protección extraordinaria como lo es el uso del aparato distorsionador de voz, de acuerdo al Art.11 de la ley en comento. Medida que posteriormente, fue avalada por el Tribunal Segundo de Sentencia de esta ciudad, siendo entonces las actuaciones apegadas a derecho; en consecuencia, manténgase incólume el fallo ahora impugnado, por no existir el vicio alegado por el impugnante”.

De acuerdo a la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, las medidas pueden ser de protección o de atención, siendo necesario aclarar esta dicotomía. Las medidas más utilizadas son las de protección²⁰², las cuales a su vez pueden ser ordinarias y extraordinarias, las primeras, están orientadas a preservar la identidad y localización de las persona protegidas, y las segundas, tienen por objeto una participación más activa del Estado, porque con ellas debe de darse seguridad integral a la persona que goza de tal régimen. Ya sea que se hayan dictado en forma temporal o definitiva, hay que comprender que tanto las medidas de protección ordinarias como las extraordinarias pueden ser urgentes. Las medidas de atención, están encaminadas a preservar la salud física o mental, a proporcionar asesoría jurídica a las personas protegidas y a la satisfacción de sus necesidades básicas²⁰³.

En dicha ley especial, el legislador ha sido un tanto extenso y detallado al tratar el tema de las medidas de protección a víctimas y testigos, pues se podrá examinar, se tienen medidas de protección de naturaleza económica, ya que se dijo anteriormente, estas tienden a satisfacer necesidades básicas, dentro de esas obligaciones debe el Estado proporcionar alimentación, cooperación pecuniaria para trasladarse a otro domicilio al testigo y sí es necesario a su grupo familiar o proporcionar algún albergue donde puede vivir. En suma, nos referimos a inversión pecuniaria que tienen que hacer las instituciones estatales encargadas de la protección de víctimas y testigos, pero lo que hay que resaltar aquí, es que con ellas no se ve afectado el proceso penal constitucionalmente configurado, esto es, el debido proceso²⁰⁴.

²⁰² El Art. 1 de la LEPVYT señala que el objeto de dicha ley es: “...regular las medidas de protección y atención que se proporcionarán a la víctimas, testigos, y cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro, como consecuencia de su intervención en la investigación de un delito o en un proceso judicial”.

²⁰³ El Art. 4 de la LEPVYT dispone que las medidas se clasifican de la siguiente manera: “1) Medidas de Protección Ordinarias. Son las acciones encaminadas a preservar la identidad y localización de las personas protegidas. 2) Medidas de Protección Extraordinarias. Son las acciones que brindan seguridad integral a las personas protegidas, de manera temporal o definitiva, por condiciones de extremo peligro o riesgo. 3) Medidas de Protección Urgentes. Son las medidas ordinarias y extraordinarias que se aplican de manera inmediata y provisional, de acuerdo al riesgo o peligro, y que se brindan mientras se resuelve sobre la aplicación definitiva de las mismas. C) Medidas de Atención. Son aquellas acciones complementarias destinadas a preservar la salud física o mental de las personas protegidas, a satisfacer sus necesidades básicas y a proporcionar asesoría jurídica oportuna”.

²⁰⁴ No debemos olvidar que el debido proceso está informado por una serie de principios y etapas, que articulan todo el proceso penal, de tal manera que a una persona que se le atribuye un hecho punible debe de ser investigada y castigada, pero respetando la presunción de inocencia, principio de legalidad, igualdad procesal, el derecho de defensa tanto material como técnica.

En un segundo grupo, podemos ubicar las medidas de protección de naturaleza puramente procesal, que como ya hemos dicho anteriormente, son aquellas que no representan mayor coste económico al Estado; en el caso de El Salvador, la obtención de recursos materiales es limitada por la crisis económica que se vive, el Estado prefiere recurrir a estas medidas, sin importarle la restricción de derechos constitucionales, como el derecho de igualdad²⁰⁵ y el derecho de defensa, a la persona del inculcado, que le ha de recaer el *ius puniendi*. Por ello, hay que ser cuidadosos con la figura del testigo protegido y ser exigente al momento de su valoración de la información vertida en el juicio con un derecho de defensa limitado en su contradicción, porque se comprometen principios como el de publicidad ya tratado anteriormente, el de contradicción, y se toleran ante la necesidad de perseguir el delito, por ello nunca debe olvidarse en la ponderación la protección de testigos y el derecho de defensa²⁰⁶.

3.1 PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Se debe indicar que la adopción de las medidas de protección y de atención, para la persona que se vea afectada por una amenaza como consecuencia de ser testigo en un proceso, pueden ser de acuerdo a la necesidad y la urgencia. Es decir implementarse en forma inmediata y provisional, las cuales como se ha dicho anteriormente, pueden ser medidas ordinarias o extraordinarias según el caso, y su procedimiento no requiere de solicitud. Sino que dependen en la etapa en que se encuentre el

²⁰⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Op. cit.*, p.130. “*Más discutido es todavía el llamado principio de igualdad de las partes en el proceso penal. Y así Silva Melero considera que la posición del inculcado no puede en modo alguno equipararse a la del demandado en el proceso civil. La pretendida igualdad de partes no existe en el proceso penal, no ya sólo por diferencias existentes en el sumario, sino en el propio proceso. El sumario, según tal autor, supone una etapa procesal en la que la posición del Ministerio fiscal es mucho más poderosa, por los medios de que dispone, que de la del acusado, y todo ello repercute en el juicio, pues el sumario es un verdadero <prejuicio>, empleada la frase, valiosa en este caso, en su sentido anfibológico; pero es que, además, la diferente posición de las partes se manifiesta durante el proceso: El Fiscal acusa sin poder ser acusado. Es también ello un síntoma de la desigualdad*”.

²⁰⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 302. “*La interpretación desde los derechos consiste pues básicamente en la presencia de estas figuras en toda tarea interpretativa que se desarrolla en el Ordenamiento jurídico. Esta labor debe hacerse teniendo en cuenta el significado de los derechos en un sentido tanto negativo como positivo. En sentido negativo ya que el significado que se atribuye a una determinada disposición no puede trasgredir el de un derecho fundamental; en sentido positivo ya que el significado de una disposición debe ser aquel que más favorezca a los derechos. Los operadores jurídicos están sujetos a esta exigencia, si bien puede pensarse que aquellos que están dotados de <autoridad normativa>, de poder de decisión jurídica, son los únicos obligados en ambos sentidos, mientras que en relación con el resto de operadores la exigencia posee sólo el sentido negativo. En efecto, los operadores jurídicos dotados de <autoridad normativa>, están vinculados en ambos sentidos ya que poseen no solo una obligación de no trasgredir los derechos sino también de promocionarlos. En cambio esto puede ser más discutible en relación con el resto de los operadores jurídicos*”.

proceso, si se requiere durante la existencia de un proceso, se debe motivar la decisión²⁰⁷, y así será el ente encargado de aplicarla; por ejemplo, si estamos en fase de investigación del proceso será la representación fiscal, la Policía Nacional Civil o la Procuraduría General de la República, quienes estarían obligados a su implementación de la medida de protección necesaria y pertinente, para cada caso; por el contrario, si estamos en la etapa procesal podrá ser un Juez de Paz, de Instrucción, de Sentencia o Cámara de Segunda Instancia de acuerdo a su competencia funcional²⁰⁸.

Cada instancia tiene su momento procesal en que la adoptará, salvo que la medida de protección sea de asistencia esta será proporcionada directamente por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia²⁰⁹. Es decir, esta medida de atención está centralizada en el ente administrativo antes mencionado, aunque de conformidad a la ley especial objeto de estudio, las medidas urgentes no incluyen las de atención a víctimas y testigos, pero el Reglamento de la Ley de Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, lo desarrolla; por lo que haciendo una integración de ambas normas, debe de hacerse una interpretación armónica en el sentido que ambas se complementen, puesto que todo reglamento lo que debe de hacer, es un desarrollo de los preceptos normativos de la ley a la que está ligado, para una mejor efectividad de la normativa de protección de testigos.

Las medidas protección a víctimas y testigos urgentes, están sujetas a un plazo de duración por ministerio de ley. El cual se ha de computar desde el momento en que la autoridad pública, empleado público o agente de autoridad, haya informado a la Unidad Técnica de su adopción en forma urgente, lo cual debe de hacerlo de forma inmediata y la Unidad Técnica tendrá diez días, para tomar una decisión motivada en la que confirmará, modificará, suprimirá, las medidas de protección que en forma urgente

²⁰⁷ LUZÓN CUESTA, José María, *El Recurso de Casación Penal*, 2ª Ed., Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 61-62. Señala el autor: “*Obedece esta exigencia, como lo ha señalado la Sala 2ª, a que si la última razón de ser del requisito de la motivación radica en la eliminación de la arbitrariedad, ésta puede existir, tanto si se fijan uno hechos probados sin dar razón suficiente de la prueba utilizada, como si se omite la cita de los preceptos jurídicos o el razonamiento necesario sobre su aplicación al caso. Y las mismas consideraciones podemos hacer si tenemos en cuenta, que, con tal finalidad, coexisten la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución, a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento*”.

²⁰⁸ El proceso penal ordinario en nuestro país, consta de dos etapas, la primera instrucción y la segunda denominada de juicio, eventualmente puede darse la etapa de impugnación y la etapa de ejecución de la pena, en cada una de las cuatro etapas, actúa un juzgador diferente, aunque tienen competencia todos en materia penal pero en cada en su respectiva fase o etapa.

²⁰⁹ El Art. 25 inc. 1º del RLEPVYT señala que: “*Cuando la persona protegida requiere atención médica o psicológica de urgencia, ésta será proporcionada por la Unidad Técnica directamente o mediante terceros*”.

se hayan otorgado a la víctima, testigo o perito²¹⁰; como son provisionales no pueden permanecer en el tiempo en forma indefinida, por lo que esa medida estaría en una situación de anormalidad, de no pronunciarse el ente competente, y como se trata de una limitación a un derecho del imputado debe de interpretarse restrictivamente, esto es, que a esa persona ya no la protege ninguna medida, esta es una interpretación a la luz de los principios y derechos constitucionales, como lo es la seguridad jurídica.

Hay que indicar que el procedimiento para la implementación de medidas de protección o de asistencia, puede iniciarse aún cuando no tengan el carácter de urgentes. En ese caso, el planteamiento se hace ante la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia y es un ente de naturaleza administrativa, ante quien se hace la solicitud, ya sea de forma verbal o por escrito, siendo parte del ente rector como es la Comisión Coordinadora del Sector Justicia²¹¹ y dentro de sus atribuciones, está lo que al respecto determine la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos²¹²; ya que la ley previamente establece quienes pueden hacer la petición, siendo ellos los Jueces, los Tribunales, la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil y el propio interesado, esto por disposición expresa de la norma especial de la materia, y la forma cómo hacer la petición, el legislador ha sido flexible.

La solicitud puede plantearse como ya se ha afirmado en forma verbal o por escrito y como debe de protegerse a una persona natural determinada, se vuelve de imperiosa necesidad individualizarla, porque ella será el centro de protección por parte el Estado a través del ente rector encargado de dar seguridad a dicha persona, grupo familiar o bienes del amparado en tales beneficios. Por ello se requiere los datos generales y como está persona ha de dar una declaración sobre hechos percibidos, se vuelve necesario describir los mismos, para valorar que la información que posee es sobre una conducta castigada como delito en el Código Penal²¹³, para así no proteger a una persona que tiene

²¹⁰ Las medidas de protección urgentes siempre serán en forma provisional y no es aplicable para las medidas de atención; es decir, cuando se trate de una atención a la salud física o mental, necesidades básicas, asesoría jurídica, por disposición expresa de la misma ley Especial Para Protección de Víctimas y Testigos, no son urgentes y se tratan de medidas complementarias.

²¹¹ La Comisión Coordinadora del Sector Justicia, nace al decretarse la Ley Orgánica de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia y de la Unidad Técnica Ejecutiva, según D. L. N° 639 de fecha 22 de febrero de 1996, publicado en el D. O. N° 48 Tomo N° 330 de fecha 8 de marzo de 1996, dicha comisión está integrada por el Presidente del Órgano Judicial, el Ministro de Justicia y Seguridad pública, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República y el Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura.

²¹² El Art. 5 de la LEPVYT establece que: *“La comisión Coordinadora del Sector de Justicia, en adelante la Comisión, además de las funciones y atribuciones que le señala su Ley Orgánica será el ente rector del Programa de Protección de Víctimas y Testigos”*.

²¹³ El Art. 1 Inc. 1° del C. Pn. regula el principio de legalidad, señalando que: *“Nadie podrá ser castigado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad”*.

conocimiento sobre eventos que no tienen trascendencia jurídico- penal. Así también describir elementos objetivos que hagan razonablemente sostenible que dicha persona requiere de su protección por parte del Estado, es decir no basta con presentar la solicitud, y en forma automática se otorga la misma, sino que se requiere de acreditación de ciertas cuestiones fácticas²¹⁴.

Como ya se ha sostenido la solicitud podrá ser verbal, pero ello, no exonera que la autoridad respectiva, es decir la Unidad Técnica al recibirla deba documentarla. Es decir, levantar el acta u otro medio de que se deje constancia de tal petición; con ello potencia al interesado, en la protección o asistencia a ser destinatario de una de esas medidas, según el caso. Tratándose de menores de edad, se aclara que la legislación de familia regulaba quienes tenían tal calidad, así de acuerdo al Art. 345 del Código de Familia se entendía que: *“son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario”*. Pero el término menor ha sido superado por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia²¹⁵, hoy se les denomina niño, niña y adolescente de acuerdo al rango de edad en que se encuentren, en estos casos puede hacer la petición el representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado y por último la Procuraduría General de la República.

Recibida la solicitud, ya sea verbal o por escrito, la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia le asigna un número de entrada, con la que se identificará tal petición administrativamente, y se hará un examen de dicha petición. Es decir, no es automático que se otorguen las medidas, aquí es donde entran en aplicación los principios de protección, proporcionalidad, necesidad y confidencialidad, además se basaran o le servirá de parámetro el dictamen del Equipo Técnico, el cual está conformado por un representante de la Policía Nacional Civil del nivel ejecutivo, un abogado, un psicólogo y un trabajador social, es decir, es lo que se conoce como equipo multidisciplinario²¹⁶; según informe de la

²¹⁴ El Art. 16 del REPVYT establece el contenido de la solicitud, disponiendo lo siguiente: *“Las solicitudes de medidas de protección o atención deberán contener, además de la información establecida en el art. 18 de la Ley, la identificación o referencia precisa de la investigación o proceso judicial en que interviene o al que se encuentra vinculado directa o indirectamente la persona la persona cuya protección se requiere y la dirección o medios para efectuar las comunicaciones pertinentes. A su vez, las solicitudes deberán apoyarse con los elementos suficientes para acreditar la situación de riesgo o peligro que las motiven, cuando fuere posible”*.

²¹⁵ El Art. 3 Inc.2° de la LEPINA nos da la definición de niño, niña y adolescente, estableciendo: *“Para los efectos de esta ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”*.

²¹⁶ El Art. 9 de la LEPVYT dispone: *“La Unidad Técnica estará apoyada por Equipos Evaluadores, en adelante Equipos Técnicos, integrados por un miembro representante de la Policía Nacional Civil del nivel ejecutivo, un abogado, un psicólogo, y un trabajador social”*.

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia de junio del 2010 a mayo del 2011²¹⁷, cuando el programa se inicia solo se contaba con dos equipos evaluadores ubicados en la zona central y atendían a nivel nacional, pero ante la creciente demanda de solicitudes de protección a víctimas y testigos se tuvo que habilitar otros cuatro equipos evaluadores, por lo que en la actualidad hay seis equipos²¹⁸.

La Gerencia de Protección como dependencia de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, concederá las medidas de protección o asistencia, siempre y cuando las solicitudes reúnan los requisitos y exigencias que determina la ley. Pero ante una deficiencia de forma o de fondo de la solicitud, el ente encargado de darle trámite a la petición, debe advertirla, de tal forma que, antes de desechar las solicitudes, debe prevenir, y el interesado evacuarla dentro del tercer día hábil²¹⁹. Una vez admitida la solicitud se remite al Equipo Técnico para que emita su dictamen, los plazos administrativos son cortos en razón de que se busca la agilidad del procedimiento, para amparar al testigo o víctima, así una vez recibida la solicitud, se tiene que hacer un examen de admisibilidad, luego pasa al equipo técnico y este da un dictamen a la mayor brevedad posible, y la Gerencia de Protección tiene cinco días para otorgar o denegar las medidas de protección o de asistencia²²⁰.

Como se trata de una limitación al derecho de defensa, que es un derecho constitucional, existe la obligación de motivar la decisión. Así la motivación de la decisión mediante la cual se otorgan las medidas de protección o asistencia, sirve para un virtual control jurisdiccional. En caso que se denieguen, igualmente tiene que motivarse, ya que se corre el riesgo de dejar desprotegida a la persona. Si bien es cierto, que no ha expresado nada la ley, debe advertirse que la decisiones que tome la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia no goza de inmunidad, como para no ser controlada por el Juez respectivo, recuérdese que la persona protegida ha de declarar ante un Juez o Magistrado y no

²¹⁷ <http://www.ute.gob.sv/utestandarizacion/index.php/temas/proteccion-de-victimas-y-testigos>. 07:02 p.m. 10/10/2013.

²¹⁸ Según la estructura organizacional de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, en la cúspide esta la Comisión coordinadora del Sector Justicia, luego el Director Ejecutivo de la Unidad Técnica Ejecutiva, Gerencia del Programa de Protección de Víctimas y Testigos y de aquí depende una División de Protección de Víctimas y Testigos, Administración y Archivo, Secretaría y por último los equipos evaluadores el número uno, dos y tres para la zona central, el número cuatro para zona occidental y el número seis para la zona oriental del país.

²¹⁹ El Art. 17 Inc. 2° del REPVYT señala: “*El Gerente de Protección, de manera motivada, podrá formular una prevención cuando las solicitudes no cumplan con lo prescrito en el artículo anterior, la cual deberá ser evacuada dentro del plazo de tres días hábiles por el solicitante. Con la contestación de la prevención o sin ella, se resolverá lo pertinente*”.

²²⁰ El Art. 17 Inc. 4° del REPVYT dispone: “*Recibido el dictamen, el Gerente de Protección analizará el contenido y resolverá de forma motivada sobre la solicitud presentada, dentro de los cinco días posteriores, otorgando o no la medida de protección o atención requeridas y/o recomendadas*”.

puede un ente administrativo indicarle como ha de recibir las pruebas, si el director del juicio es el Juez. El juzgador debe velar en todo momento porque se respete el debido proceso, esto es, debe velar porque se le de vigencia al proceso constitucionalmente configurado, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, y el proceso penal no escapa de esta exigencia²²¹.

4. EL TESTIGO PROTEGIDO Y SU RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS

Tradicionalmente la criminalidad se ha tratado de controlar –no eliminar-, con los medios de prueba tradicionales como testigos, confesiones, peritos, documentos, inspecciones. Es decir, estos medios están encaminados a la actividad probatoria²²² de las partes y del mismo juzgador que excepcionalmente puede ordenar prueba para mejor proveer²²³. Esto último es una renuncia al principio de aportación de las probanzas de las partes y una pérdida de imparcialidad objetiva del Juez; pero resulta que la criminalidad se va mutando, en la medida que evoluciona la sociedad y en la medida que el Estado por medio de su Política Criminal la persigue, y es por ello que se vuelve necesario la creación de nuevas modalidades de combate a la criminalidad, en especial cuando se trata de criminalidad compleja y organizada; es por ello, que el legislador ha tenido que recurrir a figuras procesales como la del testigo confidente, anónimo, arrepentido, protegido, es decir, a testigos impropios o especiales, para poder controlar la criminalidad.

En la doctrina a los testigos impropios o especiales suelen ubicarse como medios extraordinarios de prueba²²⁴. Igualmente, hay que aceptar que estos medios de prueba no suele identificarse al proceso

²²¹ Las decisiones de la Unidad Técnica del Sector Justicia, pueden perfectamente ser controladas por el Juez o Jueza, sobre la legalidad de la decisión de otorgar las medidas de protección o de asistencia, aunque se le reconoce cierto grado de discrecionalidad pero nunca margen de arbitrariedad, por ello debe entenderse que opera el principio de interdicción de arbitrariedad.

²²² Debemos entender por actividad probatoria, la acción que realizan los sujetos procesales, vale decir el imputado, la víctima, el defensor, el fiscal, el querellante dentro del proceso, con la finalidad de acreditar sus hechos y alegaciones. Dicha actividad se inicia normalmente con el ofrecimiento del material probatorio, y el juzgador examina la prueba admisible, para que luego las partes con sus interrogatorios la produzcan dentro del proceso, así él como el examen crítico de la misma y sus valoraciones, donde el juez como controlador de las garantías estará atento a ellas; por ello la necesidad de la inmediación del juez, pues únicamente la inmediación permite una correcta valoración de la prueba producida en juicio.

²²³ El Art. 390 del Pr. Pn. establece: “*El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieren su esclarecimiento*”.

²²⁴ RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Op. cit.*, p. 195. Señala el autor: “*La habilitación legal de la figura del <agente encubierto> o <infiltrado> en las investigaciones relacionadas con*

penal como un instrumento que legitima la imposición de una pena, que se le impone a la persona que ha infringido la ley penal. Por medio del debido proceso, el Estado trata de combatir el crimen a través del *ius puniendi*, aunque no logre controlarlo de manera absoluta y definitiva; esto tiene su propia significación, porque al proceso se le bautiza como un arma efectiva para la guerra y neutralizar al enemigo, que son los que se ven involucrados en delitos de organizaciones criminales o cualquier persona a quien le atribuyen un hecho punible, a partir de esta concepción es que tienen su fuente los medios extraordinarios de prueba a que se ha hecho referencia, y que viene al menos en teoría a reforzar la investigación de delitos que agobian a la población más desposeída, claro la existencia de estos medios excepcionales se presta a arbitrariedades por la falta de transparencia, por ello hay que valorar su eficacia²²⁵.

La circunstancia de que el Estado pueda hacer uso del funcionamiento del órgano de prueba testigo protegido reconocido incluso por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²²⁶ y con ello obtener una investigación efectiva del delito con la información que aportan y al final lograr establecer la responsabilidad penal del delincuente; es un problema desde el enfoque de los principios éticos²²⁷ del testigo protegido y es que para castigar a una persona que ha vulnerado un bien jurídico

la <delincuencia organizada> la proporciona el art. 282 bis LECrim. Esta cobertura permite a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpativas y proceder a la detención de sus autores, según señala la Exposición de motivos de la ley. La incorporación de esta figura ofrece la posibilidad de utilizar una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que pueda mantenerse también en el eventual proceso judicial posterior. Con esta reforma se completa el régimen de protección prevista en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a la protección de peritos y testigos de causas criminales. Esta nueva regulación se ha basado, esencialmente, en la Convención de Viena de 1988”.

²²⁵ RIOFRIO MARTINEZ-VILLAALBA, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Ed. Temis, Bogotá, 2004, p.51. “La eficacia está sujeta, en cuanto a su apreciación, a las reglas generales de la prueba, <y tendrá mayor o menor valor dentro de su efecto limitado, según reúna o no los requisitos legales que le dan poder de convicción, es decir, de eficacia legal>”.

²²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de fondo de fecha 25 de octubre 2012, *caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Versus El Salvador*, la sentencia se pronuncia sobre la necesidad de protección de víctimas y testigos indicando en el considerando 319 lit. “f”: “asegurar que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial y adoptar las medidas necesarias para garantizar que funcionarios judiciales, fiscales, investigadores y demás operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuado, tomando en cuenta las circunstancias de los casos a su cargo y el lugar donde se encuentren laborando, que les permita desempeñar sus funciones con la debida diligencia, así como la protección de testigos, víctimas y familiares;”

²²⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina, 2007, p.25. “El “bien” tiene razón de fin en tanto es capaz de movilizar al hombre, y, asimismo es importante la

penal, nunca puede hacerse sobrepasando los límites éticos. Ya que nunca un estado respetuoso del debido proceso, ha de valerse de medios de prueba cuestionables para la investigación de hechos delictivos ya que existe la posibilidad de que estos testigos manipulen información y con ello están deformando dicho órgano de prueba. Por ello hay que hacer consciencia al testigo protegido que se le otorga para que su testimonio sea fiel y no modifique su versión original de los hechos ni en la investigación, ni al momento del juicio.

4.1 TESTIGO ANÓNIMO

Como una consecuencia de la inseguridad que se vive en los últimos años, pareciera que toda persona, que quiere denunciar una vulneración de un bien jurídico que protege la norma penal, ante instituciones estatales que tienen competencia para ello, lo hacen bajo el anonimato. También algunas personas que han presenciado un hecho delictivo no quieren dar su identidad, resulta que ello es contrario a lo que regula tanto el instituto jurídico de la denuncia como de la prueba testimonial Art. 262 Inc. 1° y 209 Inc. 2° ambos del Pr.Pn²²⁸., es decir que, en ambos casos se requiere que la persona se identifique plenamente, ya que tanto el denunciante como el testigo pueden llegar a ser imputados, cuando estemos en presencia de una denuncia o acusación calumniosa o falso testimonio; precisamente por ello es que se vuelve necesario su previa identificación y en caso del testigo bajo régimen de protección, estos inconvenientes pueden estar fomentando las pruebas irregulares.

De ahí que el testigo anónimo es considerado como medio de prueba extraordinario, pues ni la defensa ni el imputado pueden llegar a conocer la identidad de dicho testigo, por ello es un testigo secreto. Algunos le denominan testigo clandestino, hay que indicar que en nuestra legislación no tiene asidero

habitualidad de las conductas que se orientan o adecuan al bien (virtudes) porque eso facilita el logro de una "vida buena" discernida prudencialmente. Hay una cierta eticidad indisponible que responde a la universal naturaleza humana, o hay ciertos bienes universales que son captados en las más elementales y primarias experiencias humanas, pero, de todas maneras, queda un amplio espacio para que cada uno proyecte en su personal plan de vida aquellos bienes o exigencias humanas universales de acuerdo a intransferibles y personales: vocación, capacidades, posibilidades, contexto históricos, etcétera."

²²⁸ El Art. 262 Inc. 1° del Pr. Pn. señala: "La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario o con poder general. En ambos casos, el funcionario comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante". Y el art. 209 Inc. 2° del mismo cuerpo normativo establece la forma de tomar la declaración: "A continuación el juez requerirá al testigo su nombre, apellido, edad, estado familiar, profesión, domicilio y documento de identidad que indique la ley, en caso de no tenerlo su juramento comprenderá los datos de identificación".

legal dicha denominación, pero sí hay pronunciamientos judiciales al respecto²²⁹. Al hacer un análisis constitucional, de los tratados internacionales suscritos por El Salvador y de la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²³⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³¹, se observa que han sido coherentes en sostener que carecerían de valor las declaraciones de estos; este es el peligro que vía testigo o víctima protegida pueda vulnerarse el debido proceso; por ello los operadores deben ser exigentes para adecuar sus actuaciones con la normativa que regula el instituto jurídico del testigo protegido.

Al momento de adoptar las medidas de protección o de asistencia, debe tenerse especial cuidado de que la persona destinataria de ese régimen, en realidad no sea una persona que lo solicite sólo por estar amparada y evitar ser descubierta, es decir, se requiere que no sea una persona que tiene un interés malsano contra el que está declarando. Los testigos que no se pueden identificar son cuestionables, desde la perspectiva de un juicio con las mínimas garantías²³², es decir, desde la

²²⁹ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA, Sentencia definitiva, referencia 88-2006-2^a, dictada el 18 de mayo de 2006. El tribunal afirmó que la representación fiscal ofreció y se admitió testigos protegidos, en el caso en que se juzgaba a un ciudadano por dos delitos de homicidios, en los cuales se sostuvo, que cuando hay testigos o intervinientes ocultos u anónimos se vulnera las garantías del juicio público, ya sean jueces, fiscales o testigos sin rostro y como consecuencia se vulneran las garantías judiciales mínimas, por lo que no pueden ser admisibles los testigos anónimos.

²³⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el tema de los testigos anónimos, es decir desconocidos por la defensa, por el imputado e incluso para el Tribunal. Así en la sentencia Kostovski de fecha 20 de noviembre de 1989, se analiza la necesidad de la protección de testigos en delitos relacionados con bandas organizadas o gran criminalidad, pero se señala que, dicha medida no es compatible con un juicio justo, porque las declaraciones de testigos anónimos restringen el derecho de defensa y por ello son contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, precisamente al Art. 6.3 de dicho instrumento internacional.

²³¹ En Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú, en el cual el Estado de Perú condenó a ciudadanos chilenos por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar y consideró que: *“este tipo de legislación hace que la investigación sea prácticamente nula y se dicten condenas sobre la base de conclusiones de los atestados policiales. Las resoluciones en el fuero militar no se dictan en función de “las pruebas actuadas en juicio, sino en atestados policiales ampliatorios, que no han sido de conocimiento del acusado”. El proceso seguido a las supuestas víctimas se basó en su totalidad en el atestado policial de la DINCOTE, órgano que depende del poder Ejecutivo y que “no es la clásica policía judicial”. Dicho documento debió de servir como denuncia, puesto que “no es materia de prueba sino objeto de prueba”. Para que los actos de investigación posean la naturaleza de es imprescindible que la policía intervenga en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues no en vano la policía actúa a prevención de la autoría judicial”, situación que no pareció ocurrir en este caso, salvo en las pruebas médicas practicadas a las supuestas víctimas”*.

²³² FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, pp. 192-193. *“Con todo, la acepción prevalente de la palabra <garantismo> es la de <garantismo penal>. Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo. En este sentido, el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la Ilustración jurídica, de minimización de es*

perspectiva de un proceso penal apegado a la Constitución, porque desprecia, no solo el principio de contradicción, sino el de publicidad, ya que no se conoce quien es la persona que declara en contra del imputado; aún cuando el constituyente ha configurado un proceso público. El principio de inocencia, se ve anulado porque el juez que no goza de imparcialidad, se inclina a favor de la institución que está presentando el testigo anónimo, y también el derecho constitucional de defensa, pues el imputado y su defensor no tienen posibilidades de conainterrogar al testigo anónimo, que en algunas ocasiones son agentes policiales, por lo que este medio de prueba no goza de los estándares de un juicio justo, que debe de prevalecer en un Estado constitucional de derecho.

4.2 TESTIGO ARREPENTIDO

En primer lugar hay que establecer que cuando se aborda el tema de la figura del testigo arrepentido²³³, estamos hablando de una deserción o desistimiento por parte de una persona, que ha estado involucrada en actividades de naturaleza criminal; y que por algún factor ético, legal o personal ha decidido no continuar en ellas, y por el contrario colabora con los entes encargado en la investigación del delito; en nuestro medio tuvo su génesis en el surgimiento de una delincuencia de bandas y el Estado tenía problemas para su investigación. Por ello tuvo que hacer uso, de lo que en doctrina se conoce como derecho premial²³⁴; es decir que el Estado inicia otorgando beneficios de naturaleza penal, consistentes en prescindir de la acción penal o atenuarles la pena que le podría corresponder, a cambio de ser práctico en el control de la delincuencia y así evitar, en el futuro, que la persona del

<terrible poder> -como lo llamó Montesquieu- que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo”.

²³³ EDWARDS, Carlos Enrique, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la Ley 24.424*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31. La figura del arrepentido permite penetrar en el corazón mismo de la organización, ya que el arrepentido es, precisamente, uno de sus integrantes, por lo que conoce perfectamente la dinámica de la organización delictiva; de esta manera, la autoridad judicial puede introducirse en la organización desde su mismo interior.

²³⁴ El Derecho Premial es una manifestación de la política criminal de un Estado y se manifiesta o toma diferentes posturas cada Estado sobre este tema, en nuestro país surge legalmente a partir del Código Procesal Penal que inicia su vigencia a partir del día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho y estuvo regulado bajo el epígrafe Oportunidad de la Acción Penal, en donde se renunciaba por parte del Estado a perseguir penalmente a un imputado bajo ciertas condiciones de colaboración, de ahí que el derecho penal es una regulación legal tendiente a no castigar al delincuente o atenuar su responsabilidad penal a efecto de que colabore con el esclarecimiento de hechos punibles.

testigo arrepentido cometa nuevos delitos, y además que colabore en el esclarecimiento en los hechos criminales²³⁵, en los que ha participado.

De lo anterior podemos acercarnos a una definición de testigo arrepentido, entendiéndola como aquella persona que ha participado en un hecho o hechos punibles y por ello tiene la calidad de imputado y pretende beneficiarse con la exoneración de la pena, por sus acciones delictivas²³⁶, pero a cambio de proporcionar información post delictual a las entidades encargadas en la investigación del delito, es decir, con la Fiscalía General de la República o Policía Nacional Civil. Para ello debe necesariamente auto incriminarse y delatar a sus copartícipes; de ahí, se vuelve un colaborador eficaz puesto que da información sobre actividades delictivas, y el Estado trata de compensar la conducta colaboradora del imputado al regular el criterio de oportunidad; pero no lo regula como atenuante ni genérica ni específica, ya que el Art.18 Inc. 1° N° 1 Pr. Pn²³⁷ no regula el criterio de oportunidad como una atenuante, sino que se trata de que el ente acusador no perseguirá al criteriado por uno o varios delitos. Se trata entonces, de una extinción de su responsabilidad penal, la cual puede quedar en suspenso condicionada a la eficacia de su colaboración.

²³⁵ El Art. 20 inc.1° N° 2 del Pr. Pn derogado, regulaba el criterio de oportunidad de la siguiente manera: *“En las acciones públicas, el fiscal podrá solicitar al juez que se prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes o se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, en los casos siguientes: 2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o hay contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”*.

²³⁶ Vid. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 204-205. *“El principio de oportunidad ha servido en muchos países, como Alemania o Italia para no castigar delitos de bagatela, disminuyendo efectivamente la sanción penal. En estos casos la posición de la víctima es asimismo importante para la decisión de la oportunidad (compensación a la víctima) El principio de oportunidad es en el derecho procesal penal, lo que el ámbito dogmático se ha denominado adecuación social, pues de acuerdo al principio de intervención mínima, el Derecho penal no debe intervenir cuando se comprueba que la dañosidad social es mínima.”*

²³⁷ El Art. 18 Inc. 1° N° 1 del Pr. Pn. vigente regula el criterio de oportunidad de la acción penal pública, estableciendo: *“El fiscal podrá, de acuerdo a los elementos recabados en la investigación, prescindir total o parcialmente de la persecución penal, de uno o de varios de los hechos imputados como delito, respecto de uno o alguno de los partícipes o que ésta se limite a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles en los casos siguientes: 1) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya participación facilita. En el caso de crimen organizado no podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva sin perjuicio de que en este último caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivos”*.

La norma procesal precitada estatuye el criterio de oportunidad como una circunstancia de prescindencia de la acción penal, la que puede ser parcial o total, ante el reconocimiento del testigo arrepentido de haber infringido una norma penal y proporcionar información objetiva, seria y eficaz, y con ello hacer efectivo la persecución de manifestaciones criminales. Ha de indicarse que en principio es un acto voluntario de la persona del arrepentido, el que decide acercarse al ente investigador del delito a proporcionar información de sus conductas delictivas y colaborando para evitar que se cometan otros hechos delictivos en el futuro, y para ello, coadyuva incluso en la obtención de pruebas, como inspecciones de lugares de reuniones, donde tienen objeto o evidencias de los delitos y así poder localizar y detener a sus compañeros de criminalidad, y por ello, se habla de información esencial o eficaz, que es una condición para que el testigo arrepentido pueda gozar de los beneficios que el Estado, proporciona a este tipo de testigos²³⁸.

La información eficaz que ha de proporcionar, debe de ir encaminada en contra de sus socios coimputados. De ahí que se busca a menor costo una política de resultados, porque el mismo testigo arrepentido carece de ética, ante sus compañeros que está incriminando y el Estado pierde su ética ante la negociación que hace con un criminal, a quien no ha de perseguir aunque confiese su delito; el testigo arrepentido ha de declarar como tal, es decir como testigo, en el juicio oral en las mismas condiciones sin obtener ninguna circunstancia especial. Por una interpretación extensiva y legalista del Código Procesal Penal y de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, los testigos arrepentidos también gozan de los beneficios de las medidas de protección y de asistencia²³⁹, porque por una ficción jurídica, el imputado se vuelve testigo, ya que lo que normalmente se conoce como declaración indagatoria, bajo la figura del arrepentido se vuelve una declaración testimonial, esto es un fraude de ley.

²³⁸ El Art. 20 Inc. 3° del Pr. Pn. establece como efecto del criterio de oportunidad para autores y partícipes que: *“La extinción de la acción penal quedará en suspenso, hasta que el imputado haya colaborado eficazmente con la investigación o haya rendido su declaración en los términos del acuerdo suscrito con el fiscal. Si el imputado se retracta de colaborar con la investigación o de declarar, no podrá extinguirse la acción penal, los acuerdos del procedimiento no serán considerados y se continuará con el proceso común. En este caso no se concederá al imputado un nuevo criterio de oportunidad”*.

²³⁹ El Art.20 Inc.4° del Pr. Pn. dispone lo siguiente: *“Para asegurar la colaboración y la declaración del imputado beneficiado con el criterio de oportunidad, podrá imponérsele o mantenérsele en su caso las medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la detención provisional, así, algunas de las medidas del régimen de protección de víctimas y testigos”*.

Claro que ha de entenderse como una declaración negociada, y por ello el testigo arrepentido renuncia al derecho constitucional a la no autoincriminación, Art. 12 Cn²⁴⁰. Y si el imputado puede rendir su indagatoria, ya que quiere dar su versión de los hechos por los que está siendo enjuiciado o que conoce, con mucha más razón puede declarar como testigo arrepentido. Un aspecto muy fundamental en cuanto a la declaración de estos “testigos de la corona” como también se les conoce, se finca en el aspecto de la valoración de su credibilidad. En primer lugar, si es la única prueba con la que se cuenta, no es suficiente para construir la culpabilidad de sus socios coimputados o coautores²⁴¹, por ello ha corroborarse con otras pruebas distintas al del testigo criteriado, de lo contrario estaríamos afectando el principio constitucional de inocencia.

El fundamento del testigo arrepentido radica en la necesidad de obtener datos o evidencias para el conocimiento de la verdad y control de la criminalidad; y sus características mínimas han de ser las siguientes: 1) el testigo arrepentido en la realidad es un imputado²⁴²; 2) ha de brindar información eficaz para poder incriminar a otros y evitar nuevos hechos; 3) está condicionado a que la información sea significativa para poder identificar a otros imputados o secuestrar evidencias; y, 4) con su colaboración, será favorecido penalmente, aún cuando hay una conducta típica en su contra, porque ha permitido que se ingrese al fondo de la criminalidad investigada, por ello se considera una técnica de investigación.

²⁴⁰ El Art. 12 Inc. 2° y 3° Cn. señala: “La persona detenida deberá ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establece. Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal”.

²⁴¹ BACIGALUPO Z., Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 197. “La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de la autoría deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener el primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto. Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica sólo es posible en los delitos dolosos de comisión”.

²⁴² SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia. 605-CAS-2007, dictada el 21 de marzo del 2011. En dicha sentencia la Sala de lo Penal sostuvo: “...Por otra parte, señalan los recurrentes que el testigo “Roberto”, nunca debió haber figurado como tal, sino como imputado. El problema que ahora se suscita, es determinar si esta declaración puede constituir verdadera prueba de cargo, en el proceso penal. Para determinar su procedencia, debe atenderse a los antecedentes de la causa; así vemos que, el A-Quo al momento de examinar la credibilidad del referido deponente, incluida aquí la circunstancia de la “oportunidad” –que no obstante no haber sido alegada durante la vista pública, considera esta Sala pertinente pronunciarse al respecto- tal como consta en el acta levantada en el Tribunal Segundo de Sentencia de Santa Ana, a fs. 247 vuelto, se superó su calidad de imputado y por ello se convirtió en testigo en la declaración respecto de los hechos investigados, declarando así con conocimiento extraprocesal y directo de los hechos”.

4.3 CONFIDENTE

Es la persona que posee información que de alguna manera puede servir para determinar una línea de investigación de un hecho punible. De ahí que dicho sujeto, colabora a los intereses investigativos en especial con Policía Nacional Civil. El confidente puede o no pertenecer al mundo de la criminalidad. Lo informado está sujeto a un proceso de verificación; una vez verificada esa información, ingresa al proceso, pero no a través del informante o confidente, sino por los medios de prueba²⁴³ ya establecidos, como pueden ser testimonio, inspección; el confidente no tiene nunca la calidad de testigo, de ahí que no tiene un estatuto legal, como sí lo tiene la figura del testigo y por ello se afirma, que nunca es un testigo, si es abordado esta figura investigativa en la doctrina²⁴⁴ y jurisprudencia²⁴⁵, su importancia está dada por las luces que proporciona a los investigadores, es decir, sobre qué dirección tomar, por ese deseo de cooperar con entes encargados estatales de la investigación, que pueden ser útil a la Policía Nacional Civil o la Fiscalía General de la República.

El confidente denominado también el delatero o informante, cuando da datos sobre actividades delictivas, puede existir un interés para desviar el curso de la investigación, vinculado a un interés de víctima para no volver a ser afectado en algunos de sus bienes o un interés de conocer la capacidad investigativa de la institución policial o incluso por una contraprestación de índole económica. El

²⁴³ El confidente o informante debió obtener esos datos, no violando los derechos fundamentales, es decir no debió obtener los datos sustrayéndolos de la persona del defensor, interviniendo las conversaciones telefónicas, ya que la ilegalidad que se da desde un inicio continua después y no puede subsanarse por el hecho de que es otra la persona la que declara, es decir, la fuente debe ser legítima para los efectos de una imputación.

²⁴⁴ ORTIZ RICAURTE, Edgar Henry, *La Protección del Testigo*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 1999, pp. 22-23. Entonces el papel del informante es el de exteriorizar el conocimiento de aquellos aspectos que pueden servir de ayuda en una investigación judicial. Sin embargo y es necesario puntualizar, la información por sí misma no ofrece elementos de veracidad sino que forzosamente estará sujeta a confirmación por quien la recibe. La operatividad en muchos casos es consecuencia de la información, la cual sirve de apoyo indispensable para que se lleve a cabo con más elementos de juicio y, por ende, mejores resultados.

²⁴⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Habeas Corpus, referencia, 17-M-95 y ac. 20-C-95, dictada el 13 de Octubre de 1995. En relación al confidente la Sala de lo Constitucional sostuvo: “Sin embargo, lo cierto será que en la mayoría de los casos no se debe la identidad del confidente por el peligro a que puede estar expuesto (...) De lo anterior, continúa Asencio, surgen dos cuestiones por resolver: La primera relativa a si existe o no obligación de parte de la Policía de indicar los datos; y la segunda cual ha de ser la consecuencia a efecto valorativo del hecho que no proporciona esta información; fundamentó en la tutela del secreto de la Policía que califica como una especie de secreto de oficio y en el interés en la realización de la justicia, estima la valorabilidad de tales interrogatorios siempre que se lleven a cabo con sumo cuidado y atención, destacando que solo podrán fundamentar una sentencia, no obstante, en tanto resulten sus extremos confirmados por otros puntos de vista. Por lo que se confirma lo anteriormente expuesto, en primer lugar, a que el elemento de prueba proporcionado por el testigo confidente puede ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

confidente adolece de conocimientos que gocen de certeza de los hechos, siendo la información que proporciona, un equivalente a la *notitia criminis*; por ello, no puede ser fundamento para construir la culpabilidad de un ciudadano, puesto que es informal, insuficiente y meramente indiciaria. Por tal razón, se indica, que es necesario en la investigación, para esclarecer los delitos y obtener las pruebas; debe de existir para el confidente una protección de facto por parte del Estado, ya que puede presentarse circunstancias de amenaza en contra de él, por un mal manejo de la información, por ello debe manejarse con mucho sigilo la identificación del informante, una medida de seguridad es que se omita en el acta su identificación, sino que se documenta de manera anónima, siendo que para su protección ha de adoptarse medidas de seguridad de prudencia.

El confidente puede adoptar varias modalidades tales como: a) que personalmente llegue a la institución investigativa o busque uno de sus funcionarios y de viva voz de información sobre actividades criminales; b) por medio de escrito²⁴⁶ y c) llamada telefónica anónima. La información ha de ser objeto de evaluación al menos en dos aspectos importantes, como son: el primero vinculado a la persona del confidente en sus condiciones personales, actividad a la que se dedica ordinariamente y excepcionalmente, antecedentes delincuenciales, cercanía con la personas dedicadas a la delincuencia, y en segundo lugar, relacionada a la información propiamente dicha, debe de establecerse un solo canal de recepción de la información, es decir, siempre se hará con el mismo investigador, no llevarlo hasta la institución sino abordarlo en forma informal y natural; por lo que su naturaleza, es la de ser un colaborador, en el cual no debe tener vinculación, ni ha de tener la calidad de víctima y como consecuencia no está ubicada como prueba testimonial²⁴⁷.

²⁴⁶ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 652-CAS-2007, dictada el 21 de julio de 2009. En dicha sentencia la Sala de lo Penal sostuvo: “*No obstante, la Sala ha estimado que dicho mecanismo informal, como lo es la delación anónima, ya sea por el aviso o por denuncia, no impide que la policía pueda llevar a cabo una investigación de manera oficios, ya que puede operar como un simple anoticiamiento que le permite actuar y no le priva de su labor investigativa para establecer si el hecho, referido por los anteriores mecanismo, ha sucedido o no, tal como lo preceptúan los art. 239, 241Pr.Pn.*”

²⁴⁷ BRUCCET ANAYA, Luis Alonso, *El Crimen Organizado*, Ed. Porrúa, México D.F., 2001, p. 435. Un gran porcentaje de la investigación penal, es decir, a la existencia de integrar indagatorias, recabar pruebas o interrogar testigos, se sustentan en lo dicho por los delincuentes aprehendidos o por el testimonio de personas que guardan bajo el anonimato su identidad. No obstante, debemos recordar que jurídicamente dicha información, por sí sola, no tendrá valor probatorio alguno dentro del procedimiento penal. Bajo este aspecto, realmente una información anónima tiene al final de todo que ser corroborada por otros elementos probatorios, es decir, el “chisme delictivo” siempre tendrá que convertirse en una verdad.

Hay una aceptación generalizada que la figura del confidente es una herramienta utilizada por los entes de investigación. La doctrina y la jurisprudencia solo la admiten para iniciar una investigación y carecen de fuerza probatoria, porque su finalidad es poner al descubierto cierta información desconocida y reservada, sólo divulgada por alguna relación de confianza; y que continúa siendo reservada para el ente investigador, hasta que el confidente interviene. Por ello no se le aplica ninguna de las medidas de protección o de asistencia de las que regula la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos. Como ya se ha mencionado anteriormente, la figura del informante, es un mecanismo de investigación que suele recurrir tanto la Policía como la Fiscalía en todo el mundo, por lo que, su admisibilidad es reducida sólo y únicamente para poder iniciar una investigación de naturaleza penal²⁴⁸.

5. TESTIGO PROTEGIDO Y DEBIDO PROCESO

La garantía del debido proceso, es de origen Constitucional e históricamente fue implantado para evitar arbitrariedades de los jueces, y fortalecer la seguridad jurídica de los ciudadanos. El constituyente lo regula a partir del artículo Art. 11 Cn., como derecho de audiencia, podrá interpretarse la Constitución que no sólo se limita al reconocimiento del derecho a la jurisdicción, sino además a la protección del derecho fundamental a que todo proceso se desarrolle con las garantías debidas y conforme a la norma precitada, podemos argumentar la existencia por inferencia al derecho a la tutela judicial efectiva, y es más, está estrechamente vinculado al proceso penal, donde hay que reconocerlo, y vinculado como consecuencia, a que se pruebe²⁴⁹ la culpabilidad de un acusado, dentro de un juicio justo y hasta donde sea factible y razonable admitir excepcionalmente los testigos protegidos regulados en la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos; y es que todo acusado debe de tener las posibilidades de

²⁴⁸ Vid. CLIMENT DURAN, Carlos, *Op. cit.*, p. 181. “La sentencia del Tribunal Supremo 53/ 1997, de 21 de enero (Sr. De Vega Ruiz), es un buen ejemplo sobre la admisión de las informaciones confidenciales: Los jueces de la instancia se basaron, de modo general, en las gestiones que se estaban llevando a cabo con objeto de desarticular e identificar a quienes en la periferia de Madrid se venían dedicando al tráfico con achis. Como consecuencia de la denuncia en este sentido llevada a cabo por un confidente, se montaron por la Guardia Civil una serie de contactos que, en días sucesivos y con la intervención de aquél, culminaron con la aprehensión del producto y la detención de los ahora acusados, todo ello después de que esto vinieran conculcando el Código Penal con las actividades enjuiciadas en las presentes actuaciones”.

²⁴⁹ Cuando se afirma que la culpabilidad debe de probarse, en primer lugar nunca se presume, y la persona acusada tiene un derecho a la prueba y que puede verse menoscabado en varios momentos cuando ofrece pruebas y no se le admiten por parte del juez; porque se le deniega dichas probanzas sin la debida motivación y como consecuencia no puede controlar esa decisión del juzgador y en otro supuesto porque solo se ordena pero no se concretiza, por ejemplo, se ordena una pericia pero no se practica por parte de quien lo ha ordenado.

defensa, aportando todas las pruebas necesarias y conociendo y teniendo la oportunidad de contradecir las pruebas de la parte contraria.

Para potenciar el debido proceso es necesario hacer valer el principio de igualdad procesal de las partes tal como lo reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8.1 y 2 lit. "h"²⁵⁰ que establecen algunas garantías judiciales mínimas, como la plena igualdad de las partes; dicha garantía está igualmente enunciada en la Constitución de la República en su artículo 3 ya citado, y desarrollada en el Código Procesal Penal en el Art. 12²⁵¹ respectivamente. Con lo anterior se pueden hacer varias afirmaciones, en primer lugar que el debido proceso es una garantía de orden Constitucional²⁵² y para que un gobernado pueda ser privado de uno de sus derechos, por ejemplo, de su libertad o mejor dicho condenado a pena de prisión o sometido a una medida de seguridad, como consecuencia de haber sido encontrado culpable, debe ser precedido de un juicio justo, es decir, que el juicio es una antelación a la privación del derecho de su libertad y nunca lo contrario. Por ello, el imputado ante una pretensión punitiva del Estado –acusación fiscal-, nace una resistencia a tal pretensión y que el constituyente, le ha denominado el Derecho de defensa tanto material como técnica (Art. 12 Cn.).

²⁵⁰ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter. Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

²⁵¹ El Art. 12 del Pr. Pn. señala: “*El fiscal, el imputado, el defensor, el querellante, sus representantes, y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución, este código y demás leyes*”.

²⁵² GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado Constitucional de Derecho y Psicoanálisis y Sexualidad*, 1ª Ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pp.94-95. Señala el autor que “*En un estado constitucional de derecho respecto de la supremacía constitucional es preciso distinguir las diferencias conceptuales emergentes entre: la supremacía constitucional propiamente dicha, b) el bloque de constitucionalidad y c) la regla de reconocimiento constitucional. La supremacía constitucional implica que el texto constitucional es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, funcionando como parámetros exclusivos de la validez de las normas inferiores. La constitución se ubica en soledad en la cúspide de la pirámide normativa, y desde allí, testea la validez de las normas inferiores. El bloque de constitucionalidad supone la existencia de un conjunto normativo compuesto por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes orgánicas, reglamentos) a partir del cual se validan o invalidan las normas inferiores. En este supuesto, en caso de verificarse colisiones internas, la constitución siempre ostenta una jerarquía normativa superior respecto de las demás normas que integran el bloque. Las reglas de reconocimiento constitucional se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y una fuente externa (ius cogens, tratados internacionales, jurisprudencia internacional y costumbre internacional) en donde cada fuente tiene su espectro de validez propio (y un respeto recíproco pro el ámbito de validez ajeno)*”.

El derecho de defensa es un derecho fundamental y goza de dualidades, la primera dualidad está enfocada en que es un derecho de conformidad con el Art. 12 Cn. y a la vez es una garantía Art. 8 No 2 literal d) de Convención Americana sobre Derechos Humanos; la segunda dualidad está referida a que la defensa puede ser material, la cual puede adoptar la modalidad de autodefensa, en el caso de que el imputado sea abogado y la defensa técnica Art. 10 Pr. Pn²⁵³. Como el proceso penal salvadoreño, ha estado inmerso en una serie de reformas de naturaleza penal y procesal, luego de abandonar el sistema inquisitivo como consecuencia de los Acuerdos de Paz, sistema penal precitado, que suele restringir las garantías judiciales desproporcionalmente y luego se adopta para una mejor justicia para el ciudadano un sistema con influencia acusatorio, pero sin llegar a serlo, pues suele denominársele sistema acusatorio mitigado, mixto o atenuado²⁵⁴, , en el sistema penal mixto se reconoce, que el Estado potencia las garantías constitucionales a efecto de salvaguardar los Derechos Fundamentales del individuo en contra de toda ley que restrinja o los elimine.

El debido proceso en el sistema jurídico constitucional es un tema actual que incide en todo el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter vinculante de nuestra Constitución según la doctrina y la jurisprudencia²⁵⁵. La influencia que ha tenido la cultura jurídica sobre la aplicación directa de la constitución, ha hecho que nuestros operadores judiciales, potencien la eficacia vinculante de la

²⁵³ El Art. 10 del Pr. Pn. establece la inviolabilidad de la defensa, señalando que “*Será inviolable la defensa del imputado en el procedimiento. El imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento para el ejercicio pleno de los derechos y facultades de este Código le reconoce. También gozará del derecho irrenunciable a ser asistido y defendido por un abogado de su elección o por uno gratuitamente provisto por el Estado, desde el momento de su detención hasta la ejecución de la sentencia*”.

²⁵⁴ Una influencia del sistema acusatorio se basa, en que ningún ciudadano o ciudadana puede ser condenado sin que previamente se haya formulado una acusación en su contra, que el proceso es una contienda de naturaleza procesal entre ente acusador y un acusado, con derechos iguales que el que lo acusa y la resolución es decidida por el órgano judicial, que por supuesto es distinto a los anteriores con independencia e imparcialidad y esto debe de garantizarse en todas las etapas incluida la etapa impugnativa.

²⁵⁵ GARCIA ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991,p. “*Concluye en el mismo sentido de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, en el párrafo 2 del propio artículo 53, que faculta a cualquier ciudadano a recabar la tutela de los derechos fundamentales (aunque se restrinja esa facultad a los que implican libertades básicas, que son los regulados en los artículos 14 a 30 inclusive, por la razón que ya hemos considerados más atrás) ante los tribunales ordinarios y posteriormente en amparo constitucional ante el tribunal constitucional (como reitera el art. 161,1,b). Si los tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la constitución, quiere decir que ésta será la forma a aplicar en dicho proceso de tutela. A su vez, si el Tribunal Constitucional, que es el defensor de la Constitución y está sólo sujeta a ella y a su Ley Orgánica (art. 1 de su Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979), ha de amparar esos derechos, quiere decirse que la norma material del amparo a prestar será la propia Constitución, único parámetro material de sus Sentencias. Así lo precisa, por lo demás, de manera inequívoca, el art. 55, 1 b), de dicha Ley Orgánica, al indicar que la sentencia que estime un recurso de amparo reconocerá el derecho violado de conformidad con su contenido constitucional declarado, precisamente*”.

Constitución en materia penal. Por ello se cuestiona, la aplicación de algunas leyes que tratan de neutralizar algunas garantías del ciudadano²⁵⁶ que es acusado de hechos punibles, por parte de los jueces y así tenemos algunos pronunciamientos de la Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la utilización de testigos protegidos que aún en esos casos debe de respetarse el debido proceso, pero en dicho caso no hubo vulneración a derechos fundamentales²⁵⁷, como podrá apreciarse es una garantía el debido proceso y para ello, se cree conveniente indicar que esta institución no está divorciada de las garantías Constitucionales; que se desarrollan más adelante en detalle y es la matriz de donde se desprende la figura del debido proceso, en cuánto que da certeza a los ciudadanos de los derechos que la constitución otorga y como puede privárseles.

Pero algo muy trascendental, en este tema probatorio del testigo protegido y que es delicado, es la circunstancia, de que, ante este tipo de criminalidad que nos azota y que además atenta en contra de las personas que van servir de testigos en un juicio. Es un fenómeno indeseado y que ocasiona que surjan nuevas medidas del Estado; para su control eficaz al ser considerado un problema a nivel nacional; ello ha llevado a una consecuencia como es el debilitamiento de las garantías constitucionales, los que abordan esta temática sostienen la legitimidad de la flexibilización de las

²⁵⁶ AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *El Poder Político, su Fundamento y sus Límites del Poder desde los Derechos del Hombre*, Ed. Temis, Bogotá, 2006, p. 248. *“La protección es herramienta básica para asegurar el ejercicio práctico de los derechos del hombre. Bobbio expone que cuando los referidos derechos se consideran naturales, la única posibilidad frente a su vulneración era la de acudir al derecho de resistencia; pero con su posterior reconocimiento constitucional fue posible su protección por vía judicial, aunque el derecho de resistencia continuaba como alternativa frente a los derechos no reconocidos. Ya con la Declaración de 1948 se confronta la existencia de un compromiso de la comunidad internacional, aunque es punto de partida en la fase final del proceso de positivización universal de los derechos del hombre, según las dificultades para su efectividad por la monopolización de la fuerza hecha por el Estado moderno y por los problemas de desarrollo relacionados con el contenido de la Declaración”*.

²⁵⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Revisión de Habeas Corpus, referencia 66-2006R, dictada el 10 de enero de 2008. El máximo Tribunal en materia constitucional, como consecuencia de recurso de revisión interpuesto a favor de Efraín Franklin Bernal Rodríguez, contra decisión dictada por de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, sostuvo: *“En ese orden, esta Sala ha aceptado que en materia procesal penal opera el principio de legalidad del proceso, el cual rige a las autoridades que actúan en dicho ámbito, con la finalidad de asegurar que todo ciudadano inculcado de la comisión de un hecho punible, tenga el derecho a ser juzgado de conformidad con el procedimiento penal adecuado y previsto legalmente, e) Del folio 135 al 138, en acta de vista pública de la causa celebrada el día veinticinco de abril del dos mil cinco, en el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, consta que se reservaron las generales del testigo identificado por la clave 0021, por gozar de régimen de protección, y el ahora recurrente, en calidad de defensor del favorecido no presentó “objeción alguna, sobre la manera de identificar al testigo clave”. Asimismo consigno en dicha acta que el Tribunal estableció la identidad de dicho testigo, y ordenó la comparecencia del mismo “en un lugar aparte, no ha (sic) la vista del imputado pero ha (sic) a la vista de las partes”, a quienes el Tribunal autorizó para interrogar al testigo en mención.”*

garantías del debido proceso²⁵⁸, bajo el argumento que debe priorizarse la eficacia en el combate de la criminalidad, puesto que la modalidad del testigo bajo régimen de protección aplicada en forma indiscriminada afecta en principio periféricamente el derecho de defensa, el cual tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Como se ha afirmado anteriormente, puede en un momento determinado dejar sin contenido el principio de proporcionalidad que es, fundamental para la aplicación de las medidas de protección, por ello, no debe de ser para todo delito, esto debe ser controlado por el Juez, pero en la realidad no se controla.

Es de mucha trascendencia, abordar el tema del testigo protegido dentro del debido proceso, y es que no es un medio de prueba originario de nuestro proceso penal, sino que es una figura procesal transnacional y nace vinculado al control del Crimen Organizado²⁵⁹, pero además de ello, el imputado en lo que es toda la fase o etapa instructora desconoce la identidad de ese testigo o de esos testigos, con los cuales se buscará la verdad, y eso hace inútil investigar, si es un testigo de mala fe, sí lo está haciendo coaccionado, sí tiene un interés ilegítimo, sí su objetivo es falsear la verdad, callar o ignorar algunos hechos que conoce, relación de parentesco con el imputado o con el juez, para recusar a este

²⁵⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Habeas Corpus, con referencia 73-2003, del 16 de enero de 2004. La Sala de lo Constitucional en dicha sentencia ha tratado de aproximarnos al concepto de debido proceso, sosteniendo que: *“este se refiere exclusivamente a la observancia de la estructura básica, que la constitución prescribe para todo proceso o procedimiento”*, y con el argumento que la seguridad jurídica es un componente del debido proceso se introduce la figura del testigo protegido porque se le brinda seguridad inclusive como una obligación estatal para toda persona. Sin embargo, cabe decir que en la doctrina no pocos autores, han sostenido que el concepto debido proceso es un concepto jurídico indeterminado, porque las legislaciones no determinan de manera expresa cual es el contenido del mismo. En ese sentido véase PUPPIO, Vicente J., *Teoría General del Proceso*, 8ª Ed., Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p.68. Sosteniendo el autor: *“el debido proceso, que es un concepto jurídico indeterminado en cuya concreción el juez debe tener en cuenta los parámetros señalados en el Derecho Procesal Constitucional, entre otros, igualdad ante la ley, derecho a la defensa y a ser oído, presunción de inocencia, juez natural, libre confesión, principio de legalidad, cosa juzgada y tutela judicial efectiva”*. Lo mismo sostiene Martínez García, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 27-28. Concibiendo la autora el debido proceso como un derecho, sostiene que *“el contenido de este derecho resulta doblemente difícil de delimitar al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no equiparable al due process of law del derecho anglosajón, lo que hace plantearnos a qué garantías procesales debe referirse este derecho tan ambicioso del artículo 24.2 CE, que no sean ni las expresadas de forma específica en el citado precepto ni las subsumibles en el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE)”*.

²⁵⁹ BRUCCET ANAYA, Luis Alonso, *Op. cit.*, p. 408. Esta figura como hemos expresado anteriormente, no es exclusiva de los testigos como se piensa. Fue creada, teniendo como objetivo la salvaguarda y la seguridad de las personas, antes, durante y después del proceso, que colaboren en la investigación de alguna organización delictiva y en la persecución de algún miembro de la delincuencia organizada. La “protección”, “auxilio”, “cuidado”, tratándose de delincuencia organizada, puede otorgarse en conjunto a servidores públicos encargados de la procuración, administración y ejecución de la justicia, así como a testigos o víctimas y en si a cualquier persona que pueda ser objeto de represalias, dada su participación en un procedimiento penal relacionado con la investigación de la delincuencia organizada.

último y darle cumplimiento a la garantía de imparcialidad se vuelve difícil para la defensa. Esto nos lleva, a una consecuencia que es limitar el derecho que tiene el imputado en relación a los testigos, que es lo que se conoce como confrontación, de ahí que el inculcado se limita a escucharlo, sin poder observar su rostro y gestos al momento de rendir su testimonio, y es que, no debe confundirse con el principio de contradicción; al desconocerse la identidad del testigo, se vuelve difícil o imposible que se puedan hacer preguntas sobre aspectos de impugnación de sus afirmaciones, o sea que este testigo protegido goza de un privilegio como es, que no puede muy fácilmente ser desacreditado, aunque la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la circunstancia de no ver al testigo no afecta el derecho de defensa²⁶⁰, claro la honorable Sala no aborda la diferencia que hay entre contradicción y confrontación, es decir, que el derecho de defensa regulado en art. 12 Cn., solo es vinculado a la contradicción, por lo cual puede afirmarse, que tan solo es un abordaje parcial el que el Tribunal superior jerárquico hace.

El régimen de protección de testigos, es un tanto complicado, en primer lugar porque el Estado tiene la obligación de proteger a todos sus habitantes en sus derechos, esto se expresa tanto por leyes internas como por los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶¹. Y uno de ellos es la vida y si esta persona, ha de declarar en un juicio de naturaleza penal y además se encuentra en una situación riesgosa con mucha más razón, y por otra parte, se tiene la garantía del ejercicio de la defensa, tanto técnica como material, ambos con asidero constitucional y parte del debido proceso. Por lo que se da una tensión entre lo que es un derecho y una garantía, y por ello es que

²⁶⁰ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 253-CAS-2005, dictada el 29 de noviembre de 2005. Al respecto sostuvo: *“A ese respecto, sin duda que la publicidad es un principio proceso, la que su vez erige como una garantía en su desenvolvimiento dentro del desarrollo del mismo, afectando o irradiando ulteriores derechos tales como la defensa y la tutela judicial efectiva; por lo que será en ese contexto en el que se examinará la aplicación preferente de las normas pertinentes de la constitución y de los Tratados Internacionales. En principio, la facultad de interrogar o contrainterrogar no se ve afectada directamente por el empleo de medios de ocultamiento del rostro, pues conservan las partes su derecho de hacer preguntas correspondientes a los declarantes; por supuesto que la posibilidad de apreciar visualmente los gestos u otra forma de lenguaje corporal en que el tribunal pudiese observarlo al expresar verbalmente, siendo en ese supuesto donde es viable la discrecionalidad funcional a que alude el Art. 210-D-PrPr”*.

²⁶¹ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 55. *“La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantías, están en la base de todo régimen de protección internacional. Por ello -agrega dicho cuerpo- no resulta conveniente hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. En la convención se advierte -añade el pronunciamiento- la idea de integrar ambos sistemas. En el preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado fueron también consagrados en la Declaración Universal y que han sido firmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales tanto de jerarquía universal como regional”*.

cuando se adopta las medidas de protección ha de hacerse tomando los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; es decir, no se puede aplicar el régimen de protección de víctimas y testigos de manera mecánica para solo afectar “mínimamente” el derecho de defensa²⁶², en el aspecto de confrontación, que consiste en que el testigo declare cara a cara con la persona que está incriminando. Esto no se da en el sistema de régimen de protección de testigos, porque el testigo no es observado por la persona del imputado, quien tan solo la escucha, resguardando su identidad nominal es decir sus nombres y apellidos, y otros datos de identificación; por ello las normas que regulan la adopción de medidas de protección deben interpretarse conforme a las normas del debido proceso²⁶³. Arts. 11 y 12 ambos Cn., 14.3 literales “b” y “c” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, ya antes mencionados.

²⁶² Las medidas de protección a víctimas y testigos, siempre significarán una modificación a las reglas del juicio, ya que la circunstancia de que el imputado no pueda observar la persona que lo está incriminando, no se pueda tener acceso a la identidad ni a los identificación del testigo o víctima, pero aun cuando es un derecho constitucional no lo es en forma absoluta, por ello es aceptable su limitación siempre y cuando se den los presupuestos para legitimar las medidas de protección. Igualmente, el principio de publicidad no es absoluto, por ello en algún momento hay que articularlo con otros intereses como la justicia, pero siempre debe de respetarse el juicio justo.

²⁶³ Art. XVIII. DADDH. *Derecho a la justicia.* “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe de disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente.”

CAPÍTULO III

LA PRUEBA TESTIMONIAL BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

SUMARIO: 1. Política Criminal; 1.1 Ámbito de la Política Criminal; 2. Importancia del Derecho de Defensa; 2.1 Defensa Material y Defensa Técnica; 3. Testigo Protegido y Derecho de Defensa; 4. Producción de la Prueba Testimonial bajo Régimen de Protección en Juicio Oral; 5. La Valoración de la Prueba del Testigo Protegido; 6. Derecho de la Víctima.

1. POLITICA CRIMINAL

La política criminal²⁶⁴ últimamente ha estado orientada al aspecto probatorio dentro del proceso penal, en especial del testigo protegido, como consecuencia de un desinterés en colaborar con la investigación de delitos por los atentados que ha sufrido en su persona²⁶⁵, por parte de los involucrados en hechos punibles afectando con ello los resultados del juicio al no rendir su testimonio. Por ello, ha realizado el Estado la creación de la figura del testigo protegido por medio de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, pretendiendo proteger de una manera integral la vida y los bienes del testigo, y a su familia, siempre y cuando sea necesario como órgano de prueba; con ello hay un intento de dar seguridad al testigo y víctima, por lo que se han adoptado medidas de política criminal entre las que están las medidas de protección y asistencia para el testigo. Hay que reconocer que la ley especial precitada es una manifestación de la crisis del Estado de Derecho, ya que los involucrados como sujetos activos en hechos delictivos inciden por medio de las amenazas o atentados en este medio probatorio.

Todo lector, en especial los estudiosos del derecho, cuando acceden a un libro de política criminal o a un artículo de esta naturaleza, buscan despejar algunas dudas de qué vamos a entender por política

²⁶⁴ POLAINO NAVERRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 3ª Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 201. Señala el autor “*Si bien la política criminal, como ciencia, es libre en su investigación, hallándose sometida sólo a la verdad, sin embargo, muestran validez ciertos límites respecto a la realización de los fines legislativos por aquella propuesta, pues no todo lo que se muestra adecuado a fin es también justo. Como criterios de una Justicia material en la Política criminal tienen que ser reconocidos ante todo los principios fundamentales de la culpabilidad, de la estatalidad del Derecho y de la humanidad. La proyección funcional de la Política criminal se orienta al ámbito de la selección de los medios jurídicos más eficaces, al servicio del legislador ordinario, para la solución justa de aquellos supuestos de contradicción típica al ordenamiento penal.*”

²⁶⁵ Art. 1 DADDH. *Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.* “*Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.*”

criminal. Esto parece razonable y por ello es útil indicar que concebimos por política criminal²⁶⁶; que se ha definido desde la perspectiva de diversos autores que lo abordan²⁶⁷; pero lo cierto, es que tal categoría deriva de otro concepto más amplio como lo es el de política, es decir, para que nos vayamos acercando podemos afirmar que la política es el género y la política criminal la especie; y de ahí que “*política criminal es una parte o rama de la política, que tiende a sugerir cuál es, entre las actividades desplegadas por el Estado, la más adecuada a los fines de prevención y de la represión de la criminalidad*”²⁶⁸. En tal sentido, la política criminal, no tanto por ser un concepto compuesto, sino por su contenido, no se agota con el derecho penal, sino que este último es parte de ella; así como lo es también la sociología, la criminología, el derecho procesal penal y de ahí la transcendencia, porque se aborda este tópico en el desarrollo de la temática “El testigo bajo régimen de protección, su incidencia en el Derecho de Defensa en juicio”.

El poder penal que no es más que una fuerza de la que dispone el Estado, para tener ese derecho de de privar de la libertad física a un ser humano por un tiempo que considere necesario, en el mejor de los casos proporcional al hecho punible del cual se le encontró culpable. Lo tiene el Juez, que representa al Estado. Esto nos ha llevado a aceptar que entre derecho penal, procesal penal y política criminal, hay una interdependencia entre sí, pues hay unos aspectos vinculantes que la misma realidad, nos ha enseñado a aceptar este nexo; y por ello hoy en día, se aborda desde la perspectiva de los “sistemas”²⁶⁹. Y con relación al tema objeto de investigación no podemos tener un derecho penal que

²⁶⁶ La Política Criminal está constituido por un conjunto de medidas estatales que se implementan para prevenir y controlar la criminalidad y se refleja cuando el legislador crea leyes con esa finalidad, al implementar cada Estado su política criminal deja reflejado su orientación ideológica, es decir, si se considera democrático sus leyes, sus estrategias de combatir al crimen tendrán esa orientación democrática, también estará su manifestación en la justicia criminal, tiene tantos componentes como factores que den origen al fenómeno criminal, es decir, influye la familia, la escuela, la misma sociedad, lo económico a manera de ejemplo.

²⁶⁷ Fue Gallus Aloysus Kleinschro, quien introduce tal concepto aunque en 1793, también se le atribuye a Anselm Ritter Von Feuerbach, luego lo estudian Henke, Von Liszt, y su concepto estaba enfocado a conocer las circunstancias de la criminalidad para controlarla por medio de normas jurídicas.

²⁶⁸ GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Ed. Praxis S. A, Barcelona, 1996, p. 85. “*El primer problema que se presenta al enfrentarse con el término <política criminal> es la multiplicidad de sentidos con la que se empleado, que se presta a eventuales confusionismos. Así, para comenzar, la política criminal puede ser entendida como actividad del Estado o como actividad científica, que tiene por objeto precisamente el estudio de esa actividad del Estado: a) como actividad del Estado forma parte de la política general del mismo. Comprende el desarrollo de actividades por parte del Estado para la consecución de los fines que él mismo se haya marcado en relación al fenómeno delictivo o a los comportamientos desviados, así como la determinación de estos mismo fines. b) como actividad científica la política criminal forma parte de la ciencia del Derecho penal*”.

²⁶⁹ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y otros, *Política Criminal y Principialismo*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 7-12. Que no es más que el conjunto de

responda a una orientación, un Código Procesal Penal que responda a una segunda orientación y una Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos que responda a una tercera orientación. De ahí que política criminal es donde se van plantear los grandes objetivos, de todo el sistema penal y cada uno de los subsistemas, deben cumplir con objetivos específicos pero sin olvidarse ni divorciarse de los objetivos generales, todo debe de reducirse a una unidad de sistema penal y darle vigencia al Principio de Humanidad²⁷⁰. Es decir que sí hablamos de transparencia, lo que se espera que ocurra es que cada subsistema traslade lo más exactamente posible las grandes decisiones de política criminal, sin olvidarse de los derechos fundamentales.

1.1 ÁMBITO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Es tan amplio su contenido –es interdisciplinaria²⁷¹–, ya que en el campo preventivo, los Estados adoptan medidas no punitivas sino que educativas o de otra índole a manera de ejemplo, a la descriminalización de algunas conductas punibles. Es decir, conductas ilícitas se vuelven lícitas²⁷², por

instituciones de naturaleza penal y cada una de ellas vienen a constituir un “subsistema” de un universo llamado “sistema penal”, esto es lo que llevado a una integración entre el derecho penal, derecho procesal constitucional y la política criminal, esto debe de estar integrado en su funcionamiento, porque los dos derechos antes citados deben de estar referido a una política criminal, por ello a menudo suele afirmarse que todas las instituciones deben actuar con coherencia o mejor dicho se afirma que todos los subsistemas deben tener coherencia con la política criminal.

²⁷⁰ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Op. cit.*, p. 179. “Principio de humanidad: Centrar la política criminal en el objetivo final del respeto a los derechos humanos significa tener como principio rector el principio de humanidad. En la base de toda política Criminal está el hombre: el hombre delincuente/el hombre víctima. Esto es lo que Beristain denomina La Política Criminal protectora y promotora de los valores humanos y lo que Zipf considera como concepto básico de persona y defensa de la dignidad de la persona como deber fundamental, pues existen dos maneras fundamentales de orientar la Política Criminal hacia los intereses del Estado (orientación autoritaria) u orientarla hacia los intereses de las personas (orientación democrática). La opción por el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales centrados en la dignidad de la persona impregna carácter a toda la Política Criminal. En base a este criterio instrumentos que pueden ser idóneos, oportunos y necesarios pueden mostrar ilegítimos porque no respetan el valor dignidad humana”.

²⁷¹ Cuando se estudia la conducta humana del sujeto como miembro de una sociedad por las distintas ramas del saber cómo psicología, sociología, la política, la criminología, se llega a la conclusión que la criminalidad es un fenómeno social porque afecta a la sociedad, tiene un aspecto político porque el Estado usando el Derecho Penal crea los tipos penales, por ello no es solo un objeto de estudio de la criminología sino de todas las ciencias de naturaleza social y todas tienen que tener el mismo horizonte para una mejor comprensión del fenómeno criminológico, pero quien debe de ser la rectora de este conocimiento a de ser la criminología.

²⁷² BINDER, Alberto M., *Política Criminal: de la Formulación a la Praxis*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, p.44. “El estado no usa o reacciona con el poder penal en todos los conflictos, al contrario siempre el poder penal se utiliza menos que otros recursos y se preconiza la “mínima” utilización posible del poder penal (principio de mínima intervención o última ratio)”. El poder penal es selectivo y la política criminal orienta esa selectividad. Esta selectividad propia del poder penal tiene muchas manifestaciones. Por ejemplo, sólo algunas conductas están tipificadas como delitos y otras no, aun cuando pueden ser dañosas; el proceso penal solo se ocupa de ciertos casos y de otros no; la policía investiga algunas denuncias y otras las desestima; los presos son

ello, se afirma que la política criminal no se agota con la legislación penal. También se ocupa de la justicia premial; de las infracciones –crimen- y de las conductas desviadas. Esta construcción de categorías tiene una gran influencia de factores extrajurídicos, por ejemplo, demandas sociales, valores morales; ideas religiosas, entre otras. Y de ahí que el alcance de tales factores, puede enfocarse como un aspecto de la política en tanto inciden en la Política criminal; por ello afirmamos que la Política Criminal no es una ciencia, sino que es al igual que las otras ramas o áreas de incidencia de la política, como la educativa un sector de la realidad. Dicha realidad no nos debe de llevar a concebir a la política criminal como algo aislado; porque en nuestros días, este fenómeno debe de abordarse como factor regional y no solo nacional interno.

La política criminal no puede tener una cobertura ilimitada en aras de combatir la criminalidad, ni incluso bajo la falacia de la protección ciudadana, al menos, en un Estado que se autodenomina en su propia Constitución como democrático; así el Art. 85 inciso primero Cn. establece que “*El Gobierno es Republicano, democrático y representativo*”. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya se ha referido a este tema en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado²⁷³. Es obvio que la política criminal está influenciada por dos conceptos: el primero, el de política; y el segundo, aunque en menor medida, el de criminología. La política criminal es la destinada a combatir la criminalidad y la criminología es la ciencia objetiva y encargada de proveer los datos para una sana decisión; es decir, los políticos deben avocarse a la información manejada por la criminología para hacer una política criminal.

Esa era la visión de Franz Von Liszt (1851- 1919) y con la criminología, el derecho penal y la política criminal, construían una ciencia total del derecho penal²⁷⁴. Claro en ese entonces se separaban tales

tratados de diversos modos. No se puede comprender cabalmente ningún sistema penal si no se toma en cuenta el carácter estructural de la selectividad del poder penal.

²⁷³ En la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y El Crimen Organizado se indicó que: “*Es importante señalar que la política criminal de un estado moderno se compone de seis elementos básicos, que son: (1) La prevención del delito; (2) la persecución del delito y de la impunidad; (3) la rehabilitación del delincuente; (4) la constitucionalidad y legalidad de las actividades tendientes a desarrollar los tres primeros aspectos; (5) el fortalecimiento institucional, organizacional y coordinación entre las instituciones responsables del diseño y ejecución de la política criminal, y (6) la coordinación, recíproca alimentación y alta comunicación entre el Estado y Sociedad*”.

²⁷⁴ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *Op. cit.*, p. 13. LISZT como ningún otro, sistematiza el pensamiento político-criminal, y aunque reconoce su vinculación con el derecho penal al extremo de indicar que derecho penal y política criminal deben marchar juntos, expresa claramente que el primero no puede ser sustituido por el segundo, en esa dialéctica de relación, y teniendo en cuenta los fines de la política criminal es que pronuncia su ya conocida apoteosis, de que “*El derecho penal es la barrera intransgredible de la política criminal*”.

conocimientos, pero hoy en día los márgenes que los separan han tendido a difuminarse, porque de la criminología se infiere una política determinada. Podemos citar como ejemplo, el hecho de que en momentos electorales se propugna una política criminal de combatir el crimen y de dar seguridad a la población, y no una política educativa que igualmente puede ser un factor que ayude a controlar la criminalidad. De tal forma, no se puede separar el derecho de la política. Por ello siempre irán interrelacionados. Hoy en día, en nuestro ordenamiento procesal penal, la víctima puede declarar perfectamente como testigo y resulta que el Estado le ha confiscado a la víctima ciertos derechos²⁷⁵, pues quien acusa es un ente estatal y no la víctima por regla general. Ello, aunque regulación procesal, es una respuesta política criminal ante el fenómeno de la realidad.

Y es que el titular de la acción penal es el Estado personificado hoy como Ministerio Público Fiscal (Art.193 ordinal 3° Cn.). Por ello, con buena razón se afirma, que el poder político se vuelve poder punitivo, por lo cual insistimos, que entre política y criminología no puede haber separación, esto ha evolucionado tanto y es más el Estado ha secuestrado los juicios de dios y han dejado de tener su transcendencia, porque no eran un mecanismo para resolver los conflictos, el juez, ya no es, el que garantiza el equilibrio y pasa a ser el funcionario que decide; el interrogatorio violento como método de obtención de la verdad pierde eficacia; el Estado es el administrador de la vida y de la muerte, porque el Estado castigaba algunos delitos con la pena de muerte y aún persisten en nuestros días, claro solo para casos excepcionales²⁷⁶, de ahí que el medio de prueba testimonial bajo régimen de protección, debe de permitirse con mucha prudencia judicial y el fiscal proponerla cuando el caso lo amerite, para darle vigencia al principio de necesidad.

En estos tiempos se suele hacer una contraposición entre garantías individuales y defensa de la sociedad con las medidas de protección a testigos²⁷⁷. Es una reflexión valedera, más que para todo el

²⁷⁵ RIGHI, Esteban y otros, *Teorías Actuales en el derecho Penal Argentina*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires 1998, pp.325-326. Si bien esa perspectiva pública no excluye la consideración de la afectación individual del sujeto pasivo, establece una concepción del Derecho Penal en la que el control del delito es de competencia estatal, con la consiguiente neutralización del ofendido. Así, el Estado asume el rol de titular exclusivo de la reacción penal, con la correspondiente prohibición para la víctima de castigar *per se* la lesión de sus intereses. Existe significativo consenso en considerar que la consolidación de un sistema penal basado en la neutralización de la víctima, fue favorecido por el progresivo abandono de las concepciones retributivas de la pena y su sustitución por las teorías preventivas.

²⁷⁶ El Art. 27 Inc. 1° Cn. Dispone: "Sólo se podrá imponer la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional".

²⁷⁷ RUDI, Daniel Mario, *Protección de Testigos y Proceso Penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 22-23. Las garantías judiciales no solamente se limitan a las partes del proceso, sino que se expanden contemporáneamente a

que trabaja en el ámbito del derecho penal y procesal penal; dentro de la política criminal de nuestro país se suele resolver a favor de la sociedad, debemos de aclarar que la defensa de la sociedad sólo debe de considerarse justa, cuando los valores éticos y jurídicos que la inspiran están en relación o coinciden con los derechos humanos, que incluyen las garantías judiciales, porque siempre que estamos ante un hecho punible nos encontramos en la relación entre el individuo y la comunidad; la protección de los valores que hagan posible la convivencia entre los miembros de la sociedad, que es el otro componente del binomio, pero, primero debemos de aceptar que lo que existe son grupos sociales; sobre su existencia hay discusión porque, lo que sí existe es como categoría mental, en política criminal lo que realmente sí hay es, el binomio entre individuo-poder y de ahí examinar la política criminal.

La relación que existe entre la política criminal y la Prueba Testimonial Bajo Régimen de Protección y su incidencia en el Derecho de Defensa, implica una decisión del Estado que necesita para combatir y controlar la delincuencia, sin arriesgar la vida e integridad física del testigo, de ahí que es conveniente analizar la estrecha relación entre política criminal con los medios de prueba²⁷⁸ y el Derecho Procesal Penal, puesto que tanto el derecho penal, el derecho procesal penal y la Política Criminal, forman al final un solo sistema el cual es el sistema penal. Hay un interés, en aplicar la Ley Penal e Interpretar la norma procesal en los casos sometidos a conocimiento de un juzgador, para lo cual resultan importantes contraponer los Principios ante la Política Criminal, que vendrían a ser un límite en un Estado de Derecho Constitucional, pues nos da los parámetros a considerar, que medios de prueba son legítimos y su utilización en contra de cualquier persona que se encuentra en calidad de imputado²⁷⁹.

favor de los órganos de prueba y de las fuentes judiciales de información encubierta; de ahí que las cuestiones que suscitan los testigos y los demás protegidos según el código Procesal Penal de la Nacional y las leyes especiales complementarias, merecen ser más examinadas como epílogos de las garantías de la defensa en juicio y de la seguridad de todos en la sociedad democráticas según el derecho constitucional realista cuyo objeto es la constitución como un sistema vivo.

²⁷⁸ Una finalidad para aceptar dentro del proceso al testigo con medidas de protección, es que el destinatario de las medidas o una persona allegada al testigo, se encuentre en una situación de riesgo inminente o actual y con ello también se protege un bien jurídico como puede ser la vida, la integridad, por ello se consideran un escudo las medidas de protección, igualmente debe de justificarse por buscar la eficacia de la prueba y evitar la impunidad de los delitos graves y con ello se busca la verdad real unos de los parámetros de proceso penal, hay una preocupación de la comunidad internacional sobre el tema de protección de testigos, por ello se da la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1998.

²⁷⁹ Últimamente se ha aceptado técnicas de investigación denominadas extraordinarias, para ciertos delitos como drogas y cometido por el crimen organizado vinculadas a la forma como recolectar prueba en términos generales, a manera de ejemplo el agente encubierto, entregas vigiladas y la protección de víctimas y testigos que es el objeto de este estudio, que en algunas legislaciones procesales penales como la nuestra incluyen la persona del imputado, pero para que se compatible con el debido proceso debe ser medidas fuera del debate por excelencia, es decir extraprocesales y si fueren procesales solo cuando realmente sean necesarias y proporcionales al delito

La política criminal tiene su relación con varios tramos de una comunidad, tanto dentro del panorama urbano como rural, y siempre estarán presentes entes como la policía, la fiscalía, los jueces, el sistema penitenciario. Y ahí, encontraremos igualmente los conflictos de los valores como el respeto a la dignidad, la vida, de la integridad, del medio ambiente, del patrimonio, ello ha generado un incremento de la criminalidad tanto en la modalidad tradicional como delincuencia organizada y se pone de manifiesto la carencia de una buena articulada política criminal, esto se ha dicho hasta en simposios como en el Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (Kioto, Japón agosto de 1970), además se planteó lo delicado y peligroso que es el factor de incremento de la delincuencia de lo cual no escapa El Salvador, por ello es una obligación ineludible de plantearse una política criminal que vaya acorde con nuestro días pero sin renunciar a las garantías judiciales.

Por ello se reconoce la labor y el avance del Fiscal General de la República de este período que corresponde al período del diecinueve de septiembre del dos mil nueve al diecinueve de septiembre del dos mil doce, porque ha implementado por primera vez, lo que se ha denominado Política de Persecución Penal²⁸⁰, es donde se reconoce que la política de persecución penal es parte de la política pública, es decir, es parte de todo un universo como es todo el quehacer del Estado y se sostiene que la política de persecución penal es vinculante para todos los miembros de la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil y todas las instituciones que colaboran con las funciones de investigación, de ahí la importancia de la coordinación entre instituciones, y se resalta los principios como dignidad humana, legalidad, racionalidad, proporcionalidad, igualdad, objetividad, eficiencia y respeto a la personalidad y derechos fundamentales del imputado entre otros; es decir se ha impuesto una autorregulación, porque nace como un acuerdo de la misma institución y podría decirse que al no ser algo impuesto, y es que existe una necesidad de su implementación dentro de un Estado de Derecho; lo anterior está acorde con lo establecido en el Art. 23 del Pr. Pn²⁸¹.

objeto de investigación, no para todos los delitos.

²⁸⁰ Según Acuerdo N° 098 de la Fiscalía General de la República, de fecha diez de agosto del dos mil diez, publicado en D. O. N° 216, Tomo 389 de fecha dieciocho de noviembre del dos mil diez, la cual contiene como principio rectores: Dignidad Humana, Legalidad, Racionalidad, Proporcionalidad, Igualdad, Objetividad, Eficiencia.

²⁸¹ El Art. 23 del Pr. Pn. establece que: *“La Fiscalía General de la República en el marco de la política de persecución penal que dicte, deberá contemplar lo relativo a la aplicación del criterio de oportunidad”*.

Debe ser digno de reconocer que en las grandes líneas sobre la política de persecución penal, tiene influencia toda una filosofía sobre los derechos fundamentales, que independientemente de su denominación²⁸², lo que nos debe interesar es que siempre se debe de reconocer la influencia de los derechos humanos en cualquier política sea esta criminal, educativa porque los derechos de los más débiles están en peligro con la implementación de políticas de mano dura, o la versión de ver al delincuente no como una persona de derechos y obligaciones sino como enemigo, y de ahí, la política del derecho penal del enemigo ya en el siglo XXI, con el pretexto de seguridad ciudadana se legitima un amplio campo de vigilancia de toda la población y se olvidan de la prevención y solo hacen uso de la represión; tampoco hay que ser ajenos a las realidades sociales y es lo que hace más interesante el tema de la Política criminal, es decir hay nuevos riesgos como producto de nuevas actividades humanas como el uso de las redes sociales que generan cierto grado de dificultades para establecer la responsabilidad penal por ejemplo en el campo informático²⁸³; pero nunca olvidarse que la política criminal siempre debe de ser respetuosa del ser humano y debe de ser un límite al poder penal.

2. IMPORTANCIA DEL DERECHO DE DEFENSA

Es un derecho supremo del imputado e inviolable y conlleva múltiples derivaciones, y está presente en todas las diligencias que se realizan en contra del encartado. Esto, se ha venido sosteniendo por los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia²⁸⁴, lo que no ha sido siempre así; en los siglos XIII al XVIII,

²⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo una Discusión sobre Derecho y Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p.57. *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas o de ciudadanos o de personas capaces de obrar. Por el contrario, la noción de derecho subjetivo es una noción más extensa, de género, que incluye cualquier expectativa de no lesión o de prestación y por consiguiente también los derechos patrimoniales, identificables, contrariamente a los derechos fundamentales, con todos aquellos derechos que corresponden a un sujeto con exclusión de los demás.”*

²⁸³ G.SALT, Marcos y otros, *Delitos No Convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 227. Una clasificación ya tradicional propuesta por Sieber, nos permite distinguir, principalmente, dos grandes grupos de delitos informáticos: los delitos informáticos de carácter económico y los delitos informáticos contra la privacidad. En el primer grupo se analizan todas aquellas conductas disvaliosas en las cuales, ya sea mediante el uso de un sistema informático como herramienta, o tomando al sistema informático objeto de la acción disvaliosa, se produce un perjuicio patrimonial. Los delitos informáticos contra la privacidad constituyen un grupo de conductas que de alguna manera pueden afectar la esfera de privacidad del ciudadano mediante la acumulación, archivo y divulgación indebida de datos contenidos en el sistema informáticos.

²⁸⁴ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia C-118-02, dictada el 15 de julio de 2003. Dicho Tribunal resolvió declarar la nulidad absoluta de su misma sentencia por el motivo de indefensión y sostuvo: *“En el caso sub iudice, el contexto referido se encuentra presente ya que por una omisión involuntaria no se convocó a los peticionarios a la audiencia para la fundamentación oral y discusión del recurso, lo cual al ser considerado en relación a los efectos de tal omisión, independientemente de que se hayan controvertido de manera escrita los argumentos que respaldan los motivos de casación y que dichos argumentos hayan sido considerados al momento de pronunciar sentencia, ha existido afectación al*

sufrieron los acusados vulneración a sus derechos que hoy se potencian. La negación del derecho de defensa ha sido una violación al debido proceso, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, también aborda la necesidad de respetar este derecho fundamental²⁸⁵; la figura del sujeto del imputado, en el ámbito doctrinario cada tratadista da su propia definición²⁸⁶; no está demás indicar lo que afirma el tratadista RAÚL WASHINGTON ABALOS en su obra “Derecho Procesal Penal” al indicar, diversas denominaciones que se le identifican al sujeto esencial de imputado y es así, que se le conoce como: a) *Acusado*; b) *Reo*; c) *Inculpado*; d) *Procesado*; e) *Encartado*; f) *Encausado*; g) *Enjuiciado*; el concepto legal ya lo hemos citado anteriormente en el presente trabajo, luego de ese abordaje sobre la necesidad de que todo imputado tenga un defensor que lo asista.

En cuanto al derecho de defensa, se ha afirmado que antes de ser reconocido por el ordenamiento jurídico o mejor dicho por el derecho positivo, ya el primer Presidente del parlamento de París Guillaume de Lamoignon (1617–1677), manifestó que *“el abogado o consejo que era la costumbre el dar a los acusados no es un privilegio dado por las ordenanzas ni por las leyes: es una libertad adquirida por el derecho natural, que es más antiguo que todas las leyes humanas. La naturaleza enseña al hombre a tener recursos a las luces de los demás, siempre que él mismo no posea bastante para conducirse, y a que busque socorros cuando se reconoce demasiado débil para defenderse a sí mismo”*, es una garantía que tiene su origen en el instinto de conservación y en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁸⁷.

derecho de defensa, por lo que mal haría este tribunal en no reconocer que la falta de convocatoria para ser oído en un acto o trámite tan importante como la de la vista de un recurso donde se han de alegar las razones de la defensa de la parte, supone infringir el principio de contradicción propio de la tutela judicial efectiva en su aspecto más esencial, porque aún y cuando no pueda identificarse en el proveído una tal sola parte de dicha audiencia que fuera determinante para fallar, este tribunal ante una circunstancia de la índole que nos ocupa está imposibilitado para aplicar las consideraciones acotadas que sustentan la teoría de la nulidad (...)”.

²⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo, caso Humberto Palamara versus Chile, del 22 de noviembre del 2005. La sentencia deja clara la justiciabilidad del derecho de defensa, señalando: *“no se le brinda a la víctima los medios adecuados para ejercer su derecho de defensa, no se le permitió contar con un abogado defensor en todas las instancias del proceso y tampoco se le permitió el ejercicio de su derecho a examinar a los testigos que declararon en su contra y a su favor, finalmente, el más alto tribunal también concluyó que Chile había violado los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5 y 8 de la convención americana referidos a la protección de la libertad personal y a la presunción de inocencia”*.

²⁸⁶ JAUCHEN, Eduardo M., *Op. cit.*, p. 13. El sujeto esencia de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso, pero asume esa condición, aún antes que la acción sea haya iniciada, toda persona detenida por suponersele participe de un hecho delictuoso o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento *lato sensu*.

²⁸⁷ Art. 11.1 DUDH. *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Primero hay que sostener, lo delicado que es ejercer el derecho de defensa, porque el defensor de causas penales muchas veces es objeto de reproches éticos²⁸⁸, de políticos, de periodistas, líderes religiosos, ya que aun a sabiendas que su patrocinado (el imputado), es el que ha participado en los hechos constitutivos de delito; sin embargo, el abogado penalista debe argumentar porque se mantenga al imputado, su estado de inocencia, con una actuación apegada a la normativa, haciendo uso de los recursos lícitos y nunca recurrir a testigos falsos, o que no han presenciado los hechos, ni hacer documentos irregulares prefabricados para salir adelante con el derecho de defensa, sino hacer resaltar las contradicciones de la acusación, para que le juzgador tome la decisión justa.

En segundo lugar, debemos sostener que todo acto de defensa técnica o material o defensa en *-lato sensu-* de un encartado, tiene a la par de la imputación, un sistema de garantías judiciales que se deben respetar, de ahí que cuando se defiende a un acusado no se tiene como presupuesto que no haya cometido el crimen, por el que se le acusa, sino que lo que tiene que tener en mente el profesional del derecho en esta materia, es que lo que está potenciando es la vigencia de la libertad y de la inocencia de las demás personas de una comunidad determinada, porque en la medida que se haga valer el derecho de defensa en juicio penal a un caso concreto, se da una vigencia general de esa garantía, pasaríamos una aplicación práctica del derecho de defensa y de un derecho declarado en la Constitución y en el Código Procesal Penal a un ejercicio de ese derecho en los hechos.

De ahí que el defensor en el campo del derecho penal, ha de funcionar y enfocar su actividad en busca de la vigencia del derecho de presunción de inocencia, que se haga efectivo el debido proceso, del respecto de no autoincriminación²⁸⁹, o la prohibición de declarar contra sí mismo²⁹⁰; con el derecho de

²⁸⁸ VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pp. 43-44. Desde una lectura contemporánea es posible reconocer distintos modos de ejercer las profesiones jurídicas, y así podemos distinguir entre aquellos que se dedican a: 1) enseñar el derecho y su práctica; 2) abogar o reclamar para que se respete el derecho; 3) asesor sobre el derecho acerca de las consecuencias que pueden derivarse de uno u otro comportamiento, y 4) decidir el derecho con imperium, resolviendo un caso sobre el cual tiene jurisdicción para ello. En todas ellas está presente la dimensión ética señalada dado que el fruto del servicio profesional prestado es, directa e indirectamente- la promoción o consolidación del derecho.

²⁸⁹ CAFETZOGLUS, Alberto Néstor, *Delito y Confesión*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 25. *“Reflexionamos que el imputado no puede declararse culpable de un hecho inocente porque esto no puede en modo alguno, cargar su conciencia. La declaración de culpabilidad pues en el proceso penal no puede ser otra que la de haber cometido el delito por el cual es acusado. Este hecho, esta conciencia de autoría oculta en el espíritu, es lo único racionalmente puede cargarlo, teniendo así tal carga trascendencia en el proceso penal. Psicológicamente pues, lo que carga el espíritu, es la conciencia de haber ejecutado una conducta prohibida por la norma. En el caso del proceso penal, es la conciencia de haber desarrollado una conducta vedada por la*

defensa efectiva, se logra la inviolabilidad de los pilares de la libertad física dentro de un Estado de Derecho y que sustenta la dignidad de la persona, que no se goza en dictaduras o regímenes totalitarios, donde hasta los defensores son objeto de persecución, porque no toleran el mundo de las garantías judiciales. Incluso se discute sobre la defensa de la sociedad versus garantías individuales como el derecho de defensa, pero el verdadero conflicto es “individuo- poder”. Claro que, el derecho de defensa para el penalista, en su metodología de defensa primero aborda una dimensión jurídica, porque ante una preocupación represiva del Estado, él defiende a su imputado como destinatario de una serie de garantías que le asisten, le competen y es algo importante que lo eximen de probar su inocencia de los hechos acusados²⁹¹.

2.1 DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA

Penetrando un poco en este derecho tan esencial, de toda persona que tiene la calidad de imputado, se advierte una primera distinción que está vinculada a la persona del encartado, porque en la defensa material es la que realiza el propio imputado aunque puede tener alguna influencia el abogado defensor y la segunda que está relacionada más a una actividad procesal y que corresponde al defensor como mandatario de la persona a quien le atribuyen la comisión de un hecho punible. La primera es lo que se conoce como defensa material²⁹² y la segunda defensa técnica; la primera tiene su base en la incoercibilidad de la libertad de toda persona humana, de ahí que la persona jurídica no puede gozar del derecho de defensa al menos en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando ya hay personas jurídicas

norma ínsita en la figura penal que se imputa. El grito de la conciencia a que alude Brichetti, que la libera de su terrible carga, no puede referirse a otra cosa que admitir la autoría del delito imputado”.

²⁹⁰ El Art. 82 n° 5 del Pr. Pn. establece como derecho del imputado “*Abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo*”.

²⁹¹ La Presunción de Inocencia, ha dejado de ser considerado como principio general del derecho y hoy se le reconoce como un derecho fundamental y podemos afirmar que contiene dos presupuestos el primero que ningún encartado puede ser considerado culpable sino hasta que se declare así por un juez competente en sentencia firme condenatoria y el segundo presupuesto está vinculado a la actividad probatoria y que la carga de la prueba le corresponde a ente que acusa a dicho imputado. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* es decir puede ser desvirtuada, pero para ello se requiere una mínima actividad probatoria de parte del ente acusador.

²⁹² GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Detención Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio*, Ed. Leyer, Bogotá, 2009, p.757. La estructura descrita del derecho de defensa, especialmente relevante en materia penal, hace referencia a situaciones detalladas que se han considerado esenciales para garantizar del debido proceso desde el punto vista de la posibilidad de defenderse dentro de un procedimiento judicial (y/o administrativo según el art. 29 C.N.). Dichas situaciones, pese a que son concretas, forman parte del contenido normativo general de la igualdad ante el derecho y los tribunales, y constituyen en su conjunto las llamadas garantías judiciales. Su descripción busca precisamente garantizar las condiciones justas y equilibradas para el desarrollo de un proceso judicial. Por ello deben ser vistas como desarrollo de un principio aún más general y determinante que es la configuración de un juicio justo.

que pueden cometer delito pero se enfilan en contra de los directivos y los entes ficticios responden del aspecto de naturaleza civil.

Es decir que toda persona que tiene la calidad de imputado, no hay una norma que lo constriña a prestar su colaboración a los fines del proceso penal. La defensa material, con frecuencia es ejercida con la declaración indagatoria, debe de advertirse que no es un medio de prueba, esto tiene, argumentos a favor y en contra, el tratadista VICENTE GIMENO SENDRA aborda esta temática en la naturaleza jurídica de la declaración del acusado²⁹³ y no faltan autores que reclaman su naturaleza mixta como medio simultáneo de prueba y de defensa, claro que no es esa la única forma que se ejerce la defensa material sino que también ofreciendo pruebas, interrogando a todos los testigos y peritos, es decir, teniendo una participación activa dentro del proceso, en algunas ocasiones cuando el mismo imputado hace una serie de argumentaciones encaminadas a defenderse la doctrina le ha denominado auto-defensa²⁹⁴.

Cuando se activa el poder punitivo del Estado por excelencia a través de la Fiscalía General de la República en delitos de acción pública, porque hay delitos que se inician por acción penal privada y se accionan por acusación privada, se impulsan las garantías judiciales; ente ellas, el derecho a ser informado el imputado de qué delitos será juzgado²⁹⁵; y así tutelar su derecho de defensa, el debido proceso y derechos de los que puede ser privado; transitoriamente a quien le atribuyen un hecho punible puede privarse de su libertad y con ello, lo colocan en una situación inferior en relación al ente

²⁹³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 201. Discute la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de las declaraciones indagatoria. Para un sector doctrinal es un acto de prueba (Fenech, Serra, Jiménez Asenjo), para otros lo es de defensa (Foschini, Herce Quemada, Gutiérrez Alviz y Conradi).

²⁹⁴ El Art. 92 inciso 1° del Pr. Pn. Dispone: “Concluido el interrogatorio de identificación el juez dará oportunidad al imputado a declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna”.

²⁹⁵ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 198-12-2, dictada el 3 de septiembre de 2012. “Es bastante evidente que cuando la juez a quo deja la resolución de un incidente de cambio de calificación jurídica de un delito con una potencial pena menor (el delitos de actos arbitrarios tiene una pena que oscila entre los 2 y los 4 años) por uno de mayor gravedad (la pena del fraude procesal comprende entre los 2 y los 10 años de prisión) sin intimar al procesado o a su defensa, sin proporcionarle la oportunidad de reorientar su defensa, sin explicarle que puede pedir la suspensión de la audiencia para tal efecto y sin discutir en momento alguno durante todo el juicio un delito diferente al de actos arbitrarios, no cumple con los requisitos precedentes en tanto no se le intima oportunamente al procesado, no se permite preparar una estrategia de defensa y ponerla en práctica ni se permite la discusión de la calificación propuesta y, finalmente, no se otorga una oportunidad real para que la defensa pida la suspensión del juicio para prepararse. La consecuencia de este vicio es la nulidad del juicio, que debe de reponerse por un tribunal distinto al que emitió la condena, de conformidad con el art.475 Inc. 2° Pr. Pn.”

acusador y esa situación obviamente obstaculiza el ejercicio efectivo del derecho de defensa material, aun cuando sea abogado, y este ejerciendo la auto-defensa; ahí donde se vuelve más necesaria la defensa técnica, la cual tiene conocimiento sobre hechos y sobre derechos y cómo hacerlos valer ante un tercero llamado juzgador.

Debe de indicarse que la defensa técnica va paralela a la defensa material y son una sola institución, que es lo que se denomina el derecho de defensa²⁹⁶, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, sólo pueden ejercer la defensa técnica los que tienen la calidad de abogados. Y son quienes deben hacer una actividad muy delicada porque en ellos, se encomienda un valor fundamental como es la libertad física del acusado; deben ejercer un control de la legalidad del proceso²⁹⁷ y crítico de la actividad probatoria²⁹⁸, exposición crítica de los fundamentos de hecho y de derecho, recurrir de la sentencia adversa; la defensa técnica es necesaria y obligatoria aunque el imputado, no está de acuerdo en que sea representado por un abogado, primero está el derecho de elegir a un defensor de su confianza, debe de indicarse que este derecho a la defensa técnica debe de ser efectiva. Es decir, debe de ser

²⁹⁶ El Art. 98 del Pr.Pn. señala: *“Todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado de la República conforme a lo dispuesto en la constitución y este código. Si el imputado detenido no designa un defensor, se solicitará de inmediato el nombramiento de un defensor público a la Procuraduría General de la República, quien deberá apersonarse dentro de las doce horas de recibida la solicitud. Si la persona fuere abogado podrá defenderse por sí misma”*.

²⁹⁷ En el caso con referencia 77-2001-2, tramitado en el Tribunal Segundo de Sentencia, de la ciudad San Salvador, seguido contra José Agapito Ruano Torres y otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 82/13, Caso 12.679 de fecha cuatro de noviembre de dos mil trece JOSE AGAPITO RUANO TORRES Y FAMILIA VRS. EL SALVADOR, ha sostenido *“151. Tras la condena, José Agapito Ruano Torres presento en tres ocasiones (el uno de agosto de dos mil tres, el veintidós de septiembre de dos mil tres y el veintidós de noviembre de dos mil seis) recurso de revisión. En todos estos recursos ofreció el testimonio de su hermano Rodolfo Ruano Torres, en el cual afirmaba haber participado del secuestro del señor Rodríguez Marroquín. En el último recurso de revisión se ofreció la declaración de otro de los condenados, quien afirmaba que el participo en el secuestro con Rodolfo Ruano Torres, quien era conocido con el sobrenombre de El Choco, y no con José Agapito Ruano Torres. Estos tres recursos también fueron rechazado. 152. Debido a ello, en el presente caso, la Comisión considera que los recursos presentados ante los diversos Órganos Judiciales no resultaron efectivos para tutelar el derecho de Defensa y la presunción de inocencia...”* Por lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de las recomendaciones está: *“ Disponer de las medidas administrativas, disciplinarias y penales correspondientes por las acciones u omisiones de los funcionarios estatales (Agentes policiales, fiscales, defensa pública y Jueces de las diversas instancias) que contribuyeron con su actuación a la violación de los derechos en perjuicio de José Agapito Ruano Torres.*

²⁹⁸ ARMIJO, Gilbert, *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal*, 2ª, ed., Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, 2001, p. 192. *“El que las garantías constitucionales se haya convertido en límites de la admisión de las pruebas ilícitas, no es solo producto de la jurisprudencia constitucional. En efecto, en los países con clara influencia del Derecho Continental, como Costa Rica, tanto el NCPP como el CPP contemplan una serie de supuestos que restringen la actividad probatoria. Este tema se sitúa, como expusimos, en una encrucijada en la que surge la búsqueda de la verdad para defender a la sociedad, por una parte, y por la otra, la necesidad de lograr el respeto a los derechos fundamentales que se ven limitados o afectados durante la investigación de una acción delictiva”*.

acucioso en su labor y debe de esgrimir los fundamentos de la acusación, cuestionar críticamente la acusación aun cuando este ante un imputado que ha confesado, es decir, examinar si la confesión reúne los requisitos de validez de la misma, sino no estamos en presencia de una prueba irregular o mejor dicho prohibida, es un guardián de los intereses del imputado.

Es indispensable indicar, que la limitación al derecho de defensa que se hace con los testigos protegidos, así como de otros medios de prueba excepcional²⁹⁹, para evitar arbitrariedades del ente que los ofrece y del Juez que los admite, existe un límite y dado por el principio de proporcionalidad. Por lo que debe de constatarse una relación de medio- fin, entre la limitación al derecho de defensa y su justificación que va encaminada a preservar el testigo, de tal manera que esa limitación cumpla con la característica de idoneidad, mejor dicho útil para el fin que se pretende, que no sea perjudicioso sino beneficioso para un juicio justo; otro aspecto a considerar es, si bien el Órgano Legislativo tiene potestad de legislar, pero esa normas no deben de ir en contra del núcleo del derecho de defensa, es decir, que la misma constitución prohíbe alterar, modificar o neutralizar la esencia de los derechos, por ello el Juez, debe de ser guardián de las garantías judiciales del imputado, y debe de interpretar restrictivamente las medidas de protección, más que todo las de naturaleza procesal, de lo contrario de nada o muy poco sirve la institución de la defensa del acusado.

3. TESTIGO PROTEGIDO Y DERECHO DE DEFENSA

El debido proceso como ya se expuso anteriormente, privilegia el derecho de defensa de todo inculcado³⁰⁰, esto incluye que el imputado debe de conocer quien lo acusa, conocer las pruebas,

²⁹⁹ RIQUERT, Marcelo A., “Garantía y Delincuencia no Convencional: El Uso de Agentes Encubiertos en el Mercosur”, en AA.VV., *Garantías Penales en Argentina, España y sus Sistemas de Inserción Regional*, 1ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pp.438-439. “Sin perjuicio de que por dificultad de deslinde propia de un instituto que ya desde su misma adopción legal tiene, en general, problemas de armonía constitucional, repasemos ahora con algún grado de reiteración los de orden particular. En términos de derecho comparado, ilustra singularmente la clase de cuestiones que se suscita el estadounidense. Además no puede soslayarse que ha tomado como referencia nuestra propia Corte al momento de expedirse sobre la admisibilidad y ajuste constitucional del uso de agentes encubiertos. Conforme explica Montoya, en Estados Unidos se ha confrontado la colisión entre las prácticas del agente encubierto y distintas garantías constitucionales. En rápido repaso, serían la libertad de expresión y la de asociarse (Primera Enmienda); el derecho contra las búsquedas y secuestros irrazonables, cuyo objetivo es la protección del derecho a la privacidad (Cuarta Enmienda); el debido proceso (Quinta Enmienda); y el asesoramiento legal o defensa en juicio (Sexta Enmienda)”.

³⁰⁰ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 284-CAS-2007, dictada el 23 de julio de 2009. Además, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, surge desde el momento en que el sospechoso adquiere la calidad de imputado, para ello ha de tomarse en cuenta, que previo a

puesto que ya dentro del proceso existe el principio de comunidad de las pruebas. Facilitarle todo, lo tendiente para gozar de una defensa idónea; sí tenemos secretidad de la identidad de los testigos que deponen en contra del encartado, reserva de nombre del que lo incrimina, lo que se potencia es los principios del sistema inquisitivo. Y se quiere, justificarse con una presunta seguridad de la colectividad al adoptar al testigo protegido por parte del legislador³⁰¹; sin embargo hoy en día existe unanimidad por considerar a todo imputado como sujeto del proceso penal³⁰² y no como el objeto indigno del proceso y la prueba testimonial es la que, siempre disponemos en materia penal por regla general, así como la prueba documental lo es en la jurisdicción civil; y la primera es compleja e imperfecta.

La prueba testimonial bajo ese esquema excepcional, como lo es el régimen de protección, reduce el derecho de defensa, pero es necesario hacerlo compatible con el debido proceso, sólo utilizándola de tal manera que la afectación sea periférica y no en núcleo de la defensa, recuérdese que el derecho de defensa es un componente de esa garantía constitucional como es el debido proceso, de ahí también se deriva la publicidad del proceso y más que todo al momento de la recepción de la prueba, téngase presente que es un acto de juzgamiento, pero también hay que indicar que el derecho de defensa no es absoluto³⁰³. Y puede ser limitado, pero por decisión judicial y razonada y por ello es que la Ley Especial

toda incriminación judicial formal, necesariamente ha precedido un señalamiento o una sospecha, la mayoría de veces originada a raíz de los actos iniciales de investigación. El nacimiento de la calidad de imputado no es siempre paralela al señalamiento, como pasaría en el supuesto de una detención en flagrancia. En situaciones como la estudiada, la sospecha surge en virtud de información o de actos investigativos, pues puede considerarse primero como imputado a un sujeto, sin contar con algún elemento que lo relacione con el hecho delictivo y que permita, en consecuencia, su individualización.

³⁰¹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 569-CAS-2006, dictada el 11 de agosto de 2009. La situación antes expuesta genera confusión, en virtud de no ser posible que sean válidos los dichos de los testigos protegidos para confirmar la existencia de los hechos, pero no para la participación delincinencial, por lo que es posible afirmar que estamos en presencia de una motivación contradictoria, ya que tenemos juicios opuestos entre sí y que ambos no pueden ser verdaderos, circunstancia que refleja la falta de derivación en los mismo y que afectan en la razón suficiente que soporta la decisión. En consecuencia, la presencia de fundamentos contradictorios, genera que éstos se excluyan entre sí, lo que incide directamente en la motivación de la sentencia volviéndola incompleta y por ende insuficiente, por lo que deberá declararse la nulidad de la misma y ordenarse la reposición de la vista pública que le dio origen.

³⁰² CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 57. *“Hemos insistido en conceptualizar al imputado como el sujeto esencial del proceso penal que, con respecto al objeto principal, ocupa una posición pasiva. Es el seguido penalmente, a quien se le concede el poder de pretender con fundamento opuesto a la pretensión incriminadora del acusador. A la par de éste, actúa frente al órgano jurisdiccional: por sí, con la asistencia del defensor o haciéndola éste en su defensa. Eventualmente ocupara también una posición pasiva frente a la pretensión del damnificado que ejerce en el proceso penal la acción civil, caso en cual podrá pretender con fundamento opuesto a esa exigencia de reintegración patrimonial”*.

³⁰³ El tema probatorio del testigo bajo régimen de protección es muy delicado puesto que se ve afectado un derecho constitucional, como es el derecho de defensa, por eso la limitación de la publicidad, la contradicción y confrontación, debe de saber ponderarlo objetivamente porque está en juego el interés del Estado de proteger al

para la Protección de Víctimas y Testigos, limitan la garantía del derecho de defensa como el de publicidad y esto es sencillo de explicarlo, porque el imputado no llega a conocer la identidad de la persona que declara en su contra y como impugnarlo, en aspecto, que no se permite ser interrogado, por ello debe de reflexionarse que no debe de ser de utilización en forma indiscriminada, este medio excepcional de prueba, sino bajo los presupuestos de razonabilidad y necesidad; pero una segunda reflexión está centrada, en que, con el testigo protegido nace lo que a denominarse “denuncia con reserva de identidad del denunciante” en muchos de los casos.

Si bien es cierto, que se tiene un problema de inseguridad vinculado a la criminalidad, eso no justifica la innovación de esa modalidad de procedimiento en ese medio de prueba como es la figura del testigo protegido, para un uso indiscriminado. Donde el derecho de defensa sufre inicialmente limitación, en un primer momento, es desde que llega a conocimiento de la autoridad la *notitia criminis*, se advierte el potencial riesgo, y se toman las medidas de protección urgentes y provisionales. Esto riñe con la forma de recibir la denuncia, puesto que el denunciante debe ser identificado con una clave, lo que contradice la norma del art. 262 Inc. 1° Pr. Pn³⁰⁴. Y es que tiene su razón de ser, ya que sí la denuncia es falsa, será constitutiva de un delito; para ello es necesario individualizar la persona que ha cometido tal acto de denuncia, así lo regula el art. 303 C. Pn. Denuncia o Acusación Calumniosa³⁰⁵. Reconocemos que existe la reserva del juicio, ya sea parcial o total, pero debe de entenderse muy claramente que es para terceros; y nunca para las partes, de ahí que la bilateralidad de las partes no se potencia con este medio de prueba excepcional, y que esta modalidad de denuncia sólo tendrá la virtualidad de ser “*notitia criminis*”, es decir, únicamente para poner en marcha la investigación y no puede ser considerada como prueba, para construir la culpabilidad de un reo, esto se puede sostener con base a la norma del art. 311 Pr. Pn³⁰⁶.

testigo no siendo público su nombre y apellidos y otras características que lo puedan identificar, lo que no sucede con los testigos naturales y en el otro extremo tenemos los derechos de los encartados de interrogar o contra interrogar a los testigos, no se trata de avalar testigos anónimos porque en el expediente consta la identidad del testigo protegido.

³⁰⁴ Art. 262 Inc. 1°. Forma y contenido. “*La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario con poder general. En ambos casos, el funcionario comprobará y dejará constancia de la identidad del denunciante*”.

³⁰⁵ Art. 303 C. Pn. Denuncia o acusación calumniosa. “*El que denunciare o acusare a una persona ante autoridad judicial, como autor o partícipe de un delito a sabiendas de que es inocente, será sancionado con prisión de uno a tres años*”.

³⁰⁶ Art. 311 Pr. Pn. Documentación y valor de las actuaciones. “*Las diligencias practicadas constarán en actas, conforme a lo previsto en este código. Con ellas se formará un expediente en el que se incluirán sólo las imprescindibles. Sólo los medios de prueba reconocidos en este Código tendrán valor para probar los hechos en el juicio; las demás actuaciones de la instrucción carecen de todo valor*”.

Es de mucha trascendencia abordar el tema del testigo protegido y el derecho de defensa dentro del debido proceso, por no ser un medio de prueba originario de nuestro Proceso Penal. Sino que es un figura procesal transnacional y nace vinculado al control del Crimen Organizado³⁰⁷, pero además de ello, el imputado en lo que es toda la fase o etapa instructora desconoce la identidad de ese testigo o de esos testigos con los cuales se buscará la verdad por el ente estatal acusador y eso hace inútil investigar si es un testigo de mala fe, que puedan impugnar su credibilidad, lo está haciendo coaccionado; si tiene un interés ilegítimo; si su objetivo es falsear la verdad, callar o ignorar algunos hechos que conoce; si existe relación de parentesco con el imputado; con el juez, para recusar a este último³⁰⁸ y tener acceso a un Juez Imparcial; porque no se permite interrogatorio en esa línea, que evidencie esos supuestos espurios, ya que se pone en riesgo identificar al testigo que el fin de la medida de protección; esto lleva a una consecuencia que es limitar el derecho que tiene el imputado en relación con los testigos bajo régimen de protección, primero a la confrontación o careo, pues se limita a escucharlo pero no observarlo o tener contacto visual testigo-imputado; y segundo, la contradicción, al desconocerse la identidad del testigo se vuelve difícil el ejercicio de la defensa, ya que no se puede hacer preguntas sobre algunos aspectos de impugnación de sus afirmaciones.

El medio probatorio testimonial protegido, goza de un privilegio que no tiene el testigo natural, que no puede muy fácilmente ser desacreditada alguna información que proporciona dicho testigo al momento del interrogatorio se desconoce si le une alguna enemistad con el imputado. Aunque la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la circunstancia de no ver la persona del testigo no afecta el derecho de defensa, claro la Honorable Sala no aborda la diferencia

³⁰⁷ MONTROYA, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, p. 124. “A pesar de lo manifestado y con las garantías del caso, ante este nuevo enemigo que es el crimen organizado, una investigación policial efectiva debe tener los medios de haga a la obtención de pruebas, por lo que se requiere la regulación adecuada de diversas técnicas de investigación encubiertas, tales como: a) Informantes, b) Agentes Encubiertos, c) Equipos de vigilancia electrónica y de grabación de conversaciones, d) Investigaciones financieras a fin de rastrear el lavado de dinero. En este último caso, leyes penales y de procedimiento deben de ser adecuadas para asegurar que el crimen organizado no se encuentre capacitado para aprovechar los recursos generados por la actividad criminal. A lo que se debe agregar un programa de protección de testigo completo y confiable para todos aquellos que colaboren en una investigación”.

³⁰⁸ El Estado de Derecho Constitucional requiere de jueces y juezas independientes e imparciales, y es parte del debido proceso, de tal manera que se asegure al justiciable la imparcialidad; con la prueba testimonial bajo régimen de protección, para que el imputado alegue el impedimento que el Juez es pariente del testigo protegido, si no conoce la identidad y no se puede revelar; es decir, que incluso la imparcialidad del juez se ve desmejorada, de ahí que no ofrecería las garantías como para afirmar que su decisión será bajo el imperio de la ley, por ello es que la publicidad se anula en este aspecto, no se podría afirmar que existe un juicio imparcial ante estos medios de prueba bajo régimen de protección, más que todo si el juez conoce la situación de que debe de apartarse del proceso, pero no la defensa y por ello no lo alega.

que hay entre contradicción y confrontación, ya que no es lo mismo, es decir que el derecho de defensa regulado en art. 12 Cn., solo lo vincula a la contradicción. En lo relativo, a los testigos que son destinatarios de medidas de protección, la regla general es que no se conozca la identidad y declaran además con distorsionador de voz, incluso avalado por la Sala de lo Penal de Corte Suprema de Justicia³⁰⁹; hay que indicar que se anula por completo el derecho del imputado a la confrontación; y además la intermediación ya que ni el Juzgador recibe directamente la declaración de su voz natural, de esos testigos excepcionales.

Resulta que el medio de prueba denominado testigo protegido, va a tener su incidencia en el derecho de defensa del acusado, puesto que no se respetan los Tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por El Salvador, la Constitución y el Código Procesal Penal, pues dichas normativas exigen que se respeten garantías mínimas de todo acusado como lo es conocer las pruebas con que se le intenta vencer en juicio. Con el medio de prueba del testigo protegido lo que ha sucedido, es que se ha abusado de tal figura procesal, hasta llegar a la manipulación de la prueba testifical por parte del ente acusador, ya que del testigo no se conoce su rostro, su identidad, su voz es distorsionada, es decir, no es natural su comunicación, con lo cual es contrario a un juicio oral³¹⁰; con la justificación por parte del Estado de que, de no protegerse a los testigos, víctimas y peritos se da la supresión de pruebas y se potencia la impunidad.

Lo que se tiene en la realidad judicial, es que, ni los tribunales que reciben los testimonios de testigos protegidos ni los tribunales superiores, que tienen que revisar las sentencias, como consecuencia del

³⁰⁹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 485-CAS-2008, dictada el 8 de marzo de 2011. *“De la lectura d la extensa fundamentación que conforma el pronunciamiento emitido por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, es innegable que el juzgador ha elaborado un generoso estudio sobre el derecho de defensa y cómo a su criterio la utilización del distorsionador de voz, como una medida adicional de protección hacía la víctima, disminuye el referido derecho hacia la persona del imputado; sin embargo, se ha obviado toda referencia al caso concreto; es decir, su análisis olvida por completo las particularidades bajo las cuales ocurrió el delito de extorsión y las concretas razones por las cuales se solicitó por la representación fiscal, alejado de todo capricho, la utilización del distorsionador. Recuérdese que no solo forma parte de la motivación del acervo de conocimiento aportado por los expertos de la ciencia, sino también el análisis de las evidencias y de las circunstancias concretas bajo las cuales se originó y desarrolló el particular evento en estudio”.*

³¹⁰ Resulta que la audiencia oral en el proceso penal, es el centro de la estructura del proceso acusatorio mixto, esto tiene su propia connotación, puesto que cualquier ciudadano que es acusado, tiene el derecho a ser juzgado y si es encontrado culpable a que se le imponga una pena, en un juicio previo y no es un simple trámite o diligencia, sino un juicio donde se potencia la publicidad, la contradicción, la concentración, la intermediación, continuidad e imparcialidad del juzgador, es decir, en todo momento la persona del imputado tiene la oportunidad y derecho de estar en una relación directa con el juzgador, con el acusador y con las pruebas que lo incriminan.

uso del derecho a impugnar las sentencias, han sido respetuosos de los principios de proporcionalidad y necesidad de las medidas de protección. A partir de la jurisprudencia antes citada, podemos afirmar que no se detienen a hacer un esfuerzo interpretativo de la ley secundaria denominada Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos y su respectivo reglamento, no han hecho una interpretación conforme a la Constitución, es decir, si las medidas han sido ajustadas al Estado Constitucional de Derecho y no aceptar a priori esas medidas especiales de forma de comparecencia, de retirar a la persona del imputado de la sala de audiencia, recibir testimonio a puerta cerrada, haciendo caso omiso a las medidas de exterioridad procesal. Y es más hay casos que el Tribunal sentenciador ha cuestionado ese medio de prueba pero la Cámara de Segunda Instancia³¹¹, ha sostenido que incluso los documentos donde consta la identidad del testigo, basta con que los ponga a la orden del Juez al momento del juicio para que se respete el debido proceso.

Otra incidencia del régimen del testigo protegido en las garantías constitucionales, es que se atenta contra la calidad del testimonio, tanto externa como internamente del proceso. En primer lugar, la verdad de los hechos acusados, es decir, la verdad dentro del proceso³¹², se ve perjudicada ya que hay una afectación a un derecho fundamental de defensa; y en segundo lugar, a nivel externo, hay una afectación en la confianza de la decisión judicial que tenga la comunidad jurídica, quien va a calificar

³¹¹ CAMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva, con referencia Inc.104-13(6), dictada el día veinte de junio de dos mil trece. En dicha sentencia se sostuvo: *“Por lo que, a criterio de este Tribunal de Alzada, resulta clara la incorrección de la sentencia, ya que desobedece un mandato específico, pues no cabe la excusa del apartamiento de tal elemento probatorio en atención a que fuera vulnerado un requisito formal que la legislación establece, por el contrario, surge evidente que dicho dato debió ser incluido en el plenario por respetar los contenidos del artículo 355 y siguientes del Código Procesal Penal, es decir que no es cierto que se desconociera por completo la identidad nominal del referido deponente, pues se puso a la orden y disposición por parte de la representación fiscal al inicio de la vista pública las diligencias contentivas del régimen de protección que se habría otorgado. Así pues el Juzgador, dispuso de esta documentación para su respectiva verificación o impugnación y en caso de existir duda razonable debió solicitar informe a la Unidad Técnica para despejar la referida duda y permitirle al testigo “CLAVE 141” realizar su respectiva declaración en consonancia con los principios que rigen la vista pública, por lo que es procedente acceder a la petición de la recurrente anular la decisión emitida por el Juez Tercero de Sentencia, en tanto que es ilegítima e insostenible a la luz del correcto entendimiento humano y como corolario de lo anterior, debe disponerse el envío hacia otro tribunal, a fin que se realice una nueva fundamentación analítica”*.

³¹² BINDER, Alberto M., *La implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*, 1ª.ed., Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2012, p. 223. Esta concepción del papel de la verdad y del compromiso del juez republicano con ella, funda, a su vez, toda la lógica del sistema de garantías. BINDER entiende por ese sistema al conjunto de principios –que se expresan en herramientas técnicas- cuyo cometido es proteger a todo ciudadano de los abusos de poder. Estos principios han sido contraídos de un modo histórico, sobre la base de luchas ciudadanas puntuales, pragmáticas, como respuesta directas a una determinada modalidad de abuso de poder, más extendida o más hiriente para la sensibilidad del momento cultural. Esta dimensión histórica jamás debe ser olvidada porque sin ella pierde densidad y fuerza. De hecho, nuestra época tiene otras luchas que también son puntuales, precisas, asistemáticas, pero apuntan a formas concretas e hirientes del poder penal desbocado. Sin embargo, hoy podemos potenciar el valor de esas garantías si las consideramos de un modo sistemático.

esas sentencias como decisiones judiciales no legítimas, por fundamentadas que se encuentren en sus razonamientos, porque con el régimen del testigo protegido, la defensa y el imputado no tienen ningún tipo de control sobre ese tipo de probanzas, a nivel del proceso mismo. La verdad que tanto se busca, viene a ser solo un argumento débil a nivel de verdad narrativa, porque no se le puede interrogar³¹³ sobre algunos aspectos al testigo protegido, que vayan encaminados a su identificación y su relación con la personas vinculadas directamente al caso, porque de hacerlo, quien lo presenta hará la objeción a dicha pregunta y el juez limita su imparcialidad y le dará la razón al fiscal sobre la objeción y no permitirá dichas preguntas, es decir, hay un conainterrogatorio limitado y una confrontación nula.

La circunstancia de que los testigos y víctimas, con el privilegio de la protección de testigos, participan del juicio en condiciones anormales para cualquier delito³¹⁴, es en sí, una limitación a la actividad probatoria para la defensa y con ello se vulnera el principio de igualdad procesal, la cual tiene un asidero y protección de primer orden puesto que está regulado a nivel constitucional, estamos hablando solo con la forma de comparecer, adicionalmente la forma como ha de declarar y más restrictiva y limita más el derecho de defensa, porque como declaran detrás de un biombo, la persona del imputado ni la defensa técnica ven la reacción de sus músculos faciales al contestar las preguntas a que está siendo sometido, en resumen estamos ante testigos no controlados por la defensa, es decir, todo lo contrario a un sistema de justicia adversarial, sino por el contrario, nos acercamos más al sistema inquisitivo donde no tienen vigencia principios como el contradictorio, la publicidad e inmediatez.

La arbitrariedad se hace presente al adoptar como medio de prueba testimonial al testigo protegido indiscriminadamente incluso para delitos de bagatela, porque se afecta los medios que la defensa

³¹³ BACIGALUPO, Enrique, *Monografías..* Op. Cit., p. 136. “Ello no excluye, sin embargo, que en ciertos casos se haya señalado como decisivas determinadas vulneraciones puntuales especialmente graves. En generales posible afirmar que el principio fundamental y estructural del proceso con todas las garantías (para emplear las palabras del art. 24.2 CE) en la jurisprudencia del TEDH es el de igualdad de armas, según el cual tanto la acusación como la defensa y el acusado deben contar con igualdad de posibilidades, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación a la acusación, sobre todo en lo concerniente a la citación de testigos o peritos, al ofrecimiento de prueba y al interrogatorio de los testigos de cargo o de descargo.”

³¹⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de Corrupción y Fraude*, 1ª Ed., Ed. Universidad de Castilla- La Mancha, España, 2006, p. 466. Se señala que la colaboración de los ciudadanos con la justicia se ha convertido en un pilar fundamental para la lucha contra determinados tipos de delincuencia –como el terrorismo, el narcotráfico o la delincuencia organizada-. Pero precisamente son las particularidades de estas formas de criminalidad, entre las que se puede enunciar su carácter asociado, sus peculiaridades organizativas, la clandestinidad, la existencia de reglas internas de funcionamiento y su capacidad de neutralizar la acción de la policía y los jueces, las que determinan la especial necesidad de la adopción de las medidas de protección de los testigos, peritos y, también acusados.

pueda emplear ante la reacción de la acusación por parte del Estado, a través del Ministerio Público, esto es, Fiscalía General de la República. Ya que en muchos de los casos se tolera por parte del Juez el ofrecimiento del régimen de protección para aquellas personas que tienen calidad de imputado, y es más, sin establecerse razonablemente una amenaza concreta para su persona³¹⁵, y en principio para ellos no está destinado dicho régimen, por lo cual no tendría que aceptarse la ocultación de su identidad. Para evitar la arbitrariedad bastaría con que el Estado prescindiera de su acusación, es decir, del *ius puniendi* en su contra y que declaren con su respectiva identificación, esto es, sin clave o indicativo, garantizando su visualización con los demás imputados, es decir, su declaración debe ser normal dentro del juicio, que no se oculte su rostro ni con el denominado biombo³¹⁶, ya que su calidad originaria es la de ser un imputado.

4. PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL BAJO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN JUICIO ORAL

El Juez al decidir sobre la culpabilidad de un encartado o imputado, lo debe de hacer sobre la base de las pruebas admitidas y recibidas en legal forma, es decir con las probanzas legales³¹⁷. Y que se haya

³¹⁵ MARCHORI, Hilda, *Victimología. La Víctima desde la Perspectiva Criminológica. Asistencia Victimológica*, 1ª Ed. Ed. Universitaria Integral, Córdoba, Argentina s/f. p. 285. Señala la Autora que “El objetivo de estas disposiciones legales, tal como surge de su análisis descriptivo, es la de instrumentar una herramienta que permita garantizar la seguridad de los testigos frente a amenazas concretas y, con ello, asegurar la obtención de la prueba, ya que su reglamentación hace una específica remisión al art. 219 del C.PCba. De esta manera, en el ordenamiento de la provincia de Córdoba se instrumentalizan garantías constitucionales que prevén el derecho de toda persona, en este caso la obligada a testificar, a la seguridad y a contar con los medios legales para garantizarla. Estas medidas también adecuarían la legislación local a las recomendaciones de Naciones Unidas que proporcionan la adopción de medidas para garantizar la seguridad de la Víctima, la de sus familiares y de los testigos frente a actos de intimidación y de represalias”.

³¹⁶ BINDER, Alberto M., *La implementación...*, *Op. cit.*, pp. 30-31. Señala BINDER que como es ya común sostener en la literatura procesal, ningún sistema procesal lleva todos sus casos a juicio oral y público. “Pero éste no es el problema. La cuestión es que mientras un sistema procesal no establezca ese método de juzgamiento y asegure, más allá de las distintas alternativas, que un imputado podrá siempre asegurarse que será juzgado de tal manera antes de que se le imponga una condena, no podemos ni siquiera considerar a ese sistema procesal como admisible según las normas elementales de una justicia fundada en las garantías judiciales y el diseño republicano del juicio penal. Y en este principio no hay ambigüedad posible. Las doctrinas procesales podrán inventar conceptos, etapas y particularidades “nacionales”. La jurisprudencia podrá mirar para otro lado y destacar aspectos insustanciales, la enseñanza universitaria ni siquiera hablar de estos problemas y los abogados adaptarse dócilmente a la falta de litigio. Pero nada de esto trastocará esta verdad simple y elemental: sin juicio oral y público no hay un sistema de justicia penal republicano, de base constitucional y fundado en los pactos internacionales de derechos humanos. Sin establecer el juicio oral y público no se puede comenzar siquiera a hablar de cómo dejar atrás la tradición inquisitorial”.

³¹⁷ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 439-CAS-2007, dictada el 20 de marzo de 2009. En ese sentido, la exigencia de que la prueba en que se base la sentencia sea legítima, supone también que a pesar de la legal obtención de la misma, fue incorporada al proceso

respetado el debido proceso tanto en su obtención como en su producción, de ahí que la argumentación sobre las pruebas aportadas en el debate público y su valoración igualmente deben de hacerse con la publicidad requerida por la ley, donde se exterioricen las razones y consideraciones del por qué se toma tal decisión durante la vista pública, que es donde se recibe la prueba en materia de derecho penal de adultos; o vista de la causa, en derecho penal juvenil³¹⁸, en la que por disposición expresa del legislador no será pública tratándose de imputados adolescentes³¹⁹. Pero sí estarán presentes las demás garantías del debido proceso como Juez natural, intermediación, contradicción; ya que la anterior etapa fue de investigación y un examen de probabilidades de la existencia de un hecho punible y la participación, durante el juicio, vista pública o vista de la causa, es que el juez ha de recibir las probanzas que pueden ser testimonios naturales e impropios, víctimas bajo régimen de protección, pericias, documentales, sin olvidarse de hacer un juicio de ponderación al recibir testigos bajo régimen de protección para evitar juicios injustos.

La producción de pruebas, se realiza durante el desarrollo de la vista pública, que se denomina debate oral, donde el ente acusador, la querrela, la defensa llevan sus pruebas que oportunamente hayan ofrecido en audiencia preliminar y que el juez instructor haya admitido; y para el caso de la prueba testimonial tiene sus propios requisitos de admisibilidad, entre ellos, esta proporcionar el nombre, profesión, domicilio. Pero resulta, que dicha norma no regula una situación excepcional que puedan bajo algunos supuestos omitir tales datos; dicha excepción está regulada en la Ley especial objeto de este estudio, por lo que cuando se ofrecen testigos o víctimas bajo régimen de protección, suelen siempre identificarse con una clave o número a la persona del testigo, situación que desmejora el derecho de defensa de la persona que está siendo juzgada; con la cual ya se está avalando una

con vulneración de la legalidad. Precisamente de esto se agravia el recurrente al afirmar que el ofrecimiento probatorio del dictamen emitido por la Fiscalía General de la República, no ha cumplido con los requisitos del art. 314 del Código Procesal Penal. Aunado a lo anterior, el carácter de “legitimidad” se refiere a que la sentencia se fundará exclusivamente en evidencia válidamente introducida al debate y no debe de omitir la consideración de aquella que se considere decisiva y concluyente debidamente incorporada a autos. En ese sentido: DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 128 y ss.; y PANDOLFI, Oscar R., *El recurso de casación penal*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2001, p.23.

³¹⁸ LEY PENAL JUVENIL, D.L. N° 863, de 27 de abril de 1994, D.O. N° 106, Tomo 323, publicado 8 de junio de 1994.

³¹⁹ Art. 83 Inc. 1° LPJ. Apertura de la audiencia. *“La vista de la Causa se realizará el día y hora señalados, en audiencia reservada, sin jurado. Después de verificada la presencia del menor, del fiscal de menores, del defensor particular si lo hubiere, del procurador de menores y los testigos, especialista, peritos o intérpretes y demás interesados que deban asistir a la audiencia, el juez declarará abierto el debate e instruirá al menor sobre la importancia y el significado de la audiencia y procederá a ordenar la lectura de los cargos que se le atribuyen”.*

desventaja para el momento del examen del testigo bajo régimen de protección, para la defensa, ya sea material o técnica, ahí se da un primer factor, que tendrá su propia incidencia dentro del debido proceso, porque el acusado no conoce quien lo está incriminando.

La etapa donde es interrogado y contrainterrogado el testigo³²⁰ y se recibe la prueba es durante el juicio oral y público, está precedida de dos fases anteriores propias de la actividad probatoria, como es el ofrecimiento de la prueba, tanto del que acusa³²¹ como del defensor³²²; y la segunda, es la admisión de la misma que es la que se produce en él debate, y la tercera que es la producción de la prueba o recibimiento de la declaración; esto tiene sus propias configuraciones tomando en cuenta la naturaleza del medio probatorio, que ha de producirse, pero hay requisitos comunes como siendo la primera, la presencia del Juez, es decir su identidad física de la persona que ha de tomar la decisión final con base a las probanzas que se reciban durante el debate³²³ y tratándose de testigos y víctimas bajo régimen de protección, igualmente debe de judicializar su testimonio y es que, de no hacerse de tal manera es decir ante el juez, sigue siendo una entrevista de investigación sin fuerza probatoria para construir la culpabilidad de un imputado; esto sufre algunas variantes en aspectos de intermediación de la prueba, con los anticipos de prueba aunque es ante juez pero no siempre será el que dictará la sentencia del caso y en los casos de imposibilidad de asistencia de testigos o peritos³²⁴.

³²⁰ LUZÓN CUESTA, José María, *Op. cit.*, pp. 104-105. “En cuanto a este derecho a interrogar a los propios testigos, la jurisprudencia ha precisado que, si bien se contiene en los arts. 6.3.d) del Convenio de Roma y 14.3.e) del Pacto Internacional de Nueva York, disposiciones referidas a los derechos de los acusados, en lógica refutable han de estimarse extensivas tales prevenciones al acusador que pretenden acreditar y probar sus conclusiones definitivas, aun cuando no fuere más que por la tutela efectiva y la garantía procesal que implícitamente se acoge a esas leyes fundamentales, señalando que <la igualdad jurídica de las partes ha de ser postulado esencial para salvaguardar los sagrados intereses de la persona humana y, a la vez, de la sociedad>, razón por lo que la norma procesal trata de los testigos de cargo y de descargo a la hora de analizar la denegación de la suspensión del juicio solicitado por alguno de los intervinientes en el proceso”.

³²¹ Art. 356 Inc. 1° Pr. Pn. Requisitos de acusación. “La acusación contendrá, bajo pena de admisibilidad N° 5) Ofrecimiento de prueba, tanto en el orden penal como en el civil para incorporar en la vista pública”.

³²² Art. 358 Inc. 1° Pr. Pn. Facultades y deberes de las otras partes. “Dentro de los cinco días previstos en el artículo anterior, el defensor o en su caso el fiscal, el querellante o el actor civil por escrito podrán según corresponda. 13) Ofrecer prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado”.

³²³ La presencia del juzgador tiene su propia importancia porque no puede haber una justicia delegada como lo era en el sistema escrito con influencia inquisitiva, además que se pone en práctica el principio de intermediación que exige que las pruebas deben de recibirse y practicarse en presencia del juez, por ello es que existe un presupuesto de suspensión del desarrollo de la vista pública cuando alguno de los jueces o el juez se enferma, para rescatar el principio de intermediación y no puede otro juez reemplazarlo en ese juicio que ya inicio.

³²⁴ Art. 377 Incisos 1° y 2° Pr. Pn. Imposibilidad de asistencia. “Las personas que no puedan concurrir a la audiencia por un impedimento justificado, será examinadas en el lugar en donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal o por medio de comisión a otro juez, según los casos, garantizando la participación de las partes, cuando así lo soliciten. De dicha declaración se levantará acta para que sea leída en audiencia. El Tribunal

Un segundo requisito que se debe dar, al momento de producción de la prueba durante el juicio es la aplicación del principio de contradicción, que es la esencia de un juicio acusatorio; y por ello debemos de entender que la contradicción es la posibilidad que tienen las partes de participar en la prueba de su contraparte, es decir, interrogando y contrainterrogando, además de tener un rol activo en la producción de su propia prueba; y por ello mismo, no puede haber juicio sino no está presente la parte, sobre quien se va a recaer la decisión del juez, salvo que estando presente el acusado en el juicio, pida expresamente no estarlo³²⁵; bien en este punto es que ha de iniciarse el conflicto de intereses entre el derecho constitucional a una defensa efectiva³²⁶ y el derecho a la protección de testigos; cómo se materializa esa efectividad del derecho de defensa, sí el testigo, víctima o perito llega, al momento más álgido del proceso como es la vista pública, y se da cierto anonimato porque no se puede ver al testigo y tampoco tener acceso a los datos de su identidad para la persona del imputado y la defensa; ya que cuando declara, la protección se extrema, es decir que se le apuesta a una protección dentro del juzgado o tribunal; y afuera de los recintos judiciales, la protección se debilita y para el testigo se vuelve un tanto ineficaz, pues a lo que se llega, es que el día que ha de rendir su testimonio sea conducido en un vehículo estatal y con acompañamiento de agentes policiales³²⁷, esa es una protección ficticia jurídicamente.

decidirá, cuando el testigo o perito resida en el extranjero, que las declaraciones testimoniales o los dictámenes periciales se reciban en donde resida el testigo o el perito por el juez comisionado, registrándose la diligencia mediante acta o informe escrito que se leerá en la audiencia, salvo cuando ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta o la presente al tribunal o efectúe las gestiones necesaria para que deponga mediante teleconferencia”.

³²⁵ Art. 367 Inc. 2° Pr. Pn. Inmediación. *“El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública”.*

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo una Discusión sobre Derecho y Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p.16. *“Luis Prieto a su vez a destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificado en el Estado Constitucional de Derecho el único orden institucional en el que posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del deber ser constitucional impone al propio derecho positivo: el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales”.*

³²⁷ GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto y otros, *La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, procesales y Orgánicos*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 271-336. *“Tales conflictos habrán de resolverse no perdiendo de vista la copiosa doctrina que sobre dicho punto tiene sentada tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo; aunque aquí, como se trata de también de hacer factible un valor superior de todo el Ordenamiento Jurídico cual es el de la justicia, tal doctrina, a la hora de la prevalencia de derechos en conflictos, ha de venir atemperada y acomodada a las excepcionales circunstancias que motivan las restricciones del derecho de información”.*

Pero el derecho de contradicción se ve limitado por las razones ya expuestas, lo cierto, es que ese derecho como parte del derecho de defensa de todo encartado, debe estar presente en las audiencias de recepción de cualquier medio prueba, más si son prueba de cargo³²⁸, y está enmarcado por el principio de igualdad procesal; pero se ha justificado esa limitación de no ver al testigo ni saber su nombre, en el sentido que no es limitación que anule el principio de contradicción, obviando los postulados de un juicio justo, que toda la producción de la prueba y en especial la del testigo protegido ha de hacerse en presencia del inculcado, en audiencia pública, respetando en todo el desarrollo del juicio la contradicción y conlleva el derecho de interrogar y contrainterrogar a testigos, peritos y víctimas, pero ello se ve restringido por mucho que se quiera justificar en aras de potenciar la impunidad y así que se vea realizada la justicia penal, pero esto es peligroso para el imputado, porque se puede llegar a dictarse sentencias condenatorias ilegítimas en materia penal³²⁹.

Al momento de producción de la prueba testimonial bajo régimen de protección de testigos, lo que sin lugar y sin matizaciones jurídicas se ve seriamente disminuido, es el derecho de confrontación, que es un componente de otro derecho más general como es el derecho de defensa del inculcado. La afectación al derecho de confrontación consiste en que el acusado y su defensor, no tienen la oportunidad de carearse con la persona que goza de régimen de protección y que en el momento del juicio está declarando en su contra, de tal manera que el acusado sólo lo escucha; porque ese testigo protegido declara sin ser visto por el acusado ni su defensor, ese derecho del encartado de confrontarse cara a cara con el testigo protegido y a contrainterrogar en todos aspectos que considere necesarios para desacreditarlo y mantener su estado de inocencia, se ven afectados. Nunca debe confundirse el derecho a contrainterrogar del inculcado³³⁰ con el derecho de confrontar al testigo. Ambos presupuestos

³²⁸ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *La Prueba en el proceso Penal*, Ed. Forum S. A., Oviedo, 1991, p. 22. *“De este punto vista, el derecho a la presunción de inocencia significa. Como es sabido, que toda condena debe de ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos”*.

³²⁹ DE LA RUA, Fernando, *Op. cit.*, pp.131-132. *“También es nula por falta de motivación la sentencia que ordenó... como lo sería asimismo la que se fundará en el testimonio de un ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge del imputado, o en otra prueba testimonial inválida o en un reconocimiento fotográfico ilegal”*.

³³⁰ ECHANDIA, Devis, *Teoría General de Proceso*, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 208. Sujetos del Derecho de Contradicción. El demandado y el imputado o procesado son sujetos pasivos de la pretensión, pero también son sujetos activos de su derecho de contradicción (cuyo sujeto pasivo es el Estado, representado por el juez, como sucede en el derecho de acción) y son sujetos de la relación jurídico procesal al lado del demandante en lo civil, laboral y contencioso-administrativo y en materia penal, del ministerio público o fiscal

son diferentes y se ejercen de modo diferente. La confrontación inicia con estar cara a cara, -confrontar, entre el testigo e imputado, e inicia desde el momento en que el testigo ingresa a la sala de audiencia y ambos tienen contacto visual entre sí; pero no como algo formal sino un derecho que le asiste al imputado de conocer quien lo acusa. Mientras que el derecho a contrainterrogar, inicia una vez ha finalizado el primer interrogatorio o interrogatorio directo.

Solo se puede aceptar dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la excepcionalidad de limitar el derecho de confrontación, mediante un juicio de ponderación entre los intereses en juego: buscar la verdad real y asegurar la vida e integridad del testigo y su familia. Es decir, cuando el testigo protegido bajo ciertos presupuestos se acredite objetivamente, que pueda sufrir un atentado contra su vida, o de otro familiar cercano o en sus bienes, no se dará la confrontación del testigo con la persona del inculcado, por ello está justificado jurídicamente la adopción del régimen de protección de testigos, ponderando la tutela de derechos fundamentales como es la vida e integridad del testigo y bajo estos presupuestos se sacrifica el derecho a la confrontación y con ello se reduce la contradicción y al final se ve igualmente afectado el derecho de defensa³³¹, pero tal medida debe ser autorizada por el Juez, tomando en cuenta los principios que informan a la ley especial y no un ente administrativo como es Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia.

5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DEL TESTIGO PROTEGIDO

El tema de valoración de la prueba testimonial bajo régimen de protección, debe imperiosamente de hacerse en varios momentos. Como es un examen el que se realiza sobre su eficacia inculcatoria, primero lo hace, quien presenta la acusación y dicho testigo, en sus conclusiones finales; luego su contraparte, con el contra-argumento, porque no pueden las partes, hacer sus exposiciones verbales sin hacer su análisis sobre la eficacia de las mismas; y por último lo hará el destinatarios de las probanzas.

que según disponga la representatividad ley procesal penal deban ser partes tanto en lo sumario y en la investigación previa, como en el verdadero proceso o juicio.

³³¹ NAVARRO, Juan Manuel de Oña, “El Derecho de Defensa en la Fase de Instrucción del Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional” en AA.VV., *Constitución y Garantías Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 196. “Una vez informado el imputado de los hechos de que se le acusa como punto de partida o presupuesto de su derecho de defensa, la continuidad de éste parece exigir, en un orden lógico, la facultad de formular las alegaciones que estime oportunas y pertinentes para oponerse a aquella acusación y sostener en definitiva su postura procesal. Tales alegaciones comprenden no solo los argumentos o alegaciones en sentido estricto como contradicción a los alegatos acusatorios, sino obviamente también la solicitud de práctica de diligencias de contenido probatorio que respalden o sostengan estas alegaciones o sirvan para desvirtuar los hechos de la acusación”.

Es decir, el Juez o Jueces, pero únicamente sobre las vertidas durante el juicio y no sobre otras³³²; luego el juzgador, inicia su valoración y ha de hacerse sobre el presupuesto, sí estamos, ante una prueba testimonial legal y pertinente, con ello se busca, excluir de su valoración aquellas pruebas que se ubican en la categoría de pruebas irregulares, como las prohibidas e ilícitas ³³³; luego hacer un análisis de la medida de protección que se le haya impuesto al testigo protegido, que está siendo objeto de valoración, aquí se debe analizarse de la norma específica de la LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS, es decir, si la medida de protección cumple los estándares del debido proceso, es decir, si ha existido una ponderación³³⁴ en la medida de protección que se ha implementado a la persona que ha declarado.

Dentro de la valoración de este medio probatorio extraordinario, incluso ha de hacerse una valoración de la medida de protección que se ha impuesto, sobre si es de naturaleza procesal y que tienen incidencia al momento de rendir su testimonio en la vista pública, con reserva de identidad, distorsionador de voz, el ocultamiento del testigo protegido en relación al imputado, es decir medidas que inciden dentro del proceso, por una razón muy sencilla: En nuestro ordenamiento jurídico, dichas medidas son ordenadas e impuestas por un ente de naturaleza administrativa, la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia³³⁵. Pese a la naturaleza administrativa del ente que las dicta, y a la

³³² SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 334-CAS-2007, dictada el 13 de febrero de 2009. El respeto a las garantías procesales, particularmente la tutela judicial efectiva como el referente básico del debido proceso, todo ello implica no solo la incorporación al juicio de pruebas pertinentes y decisivas, sino también significa el imperativo de ponderar dichas pruebas, exponiendo los motivos por los cuales se le concede o se le deniega valor probatorio. La omisión de apreciar una prueba introducida legalmente en el juicio, que de haber sido considerada pudiese conducir a una conclusión diferente a la que se arribó, constituye lo que en doctrina se denomina “selección arbitraria del material probatorio”, siempre y cuando la prueba omitida tenga carácter decisivo, pues si carece de eficacia su exclusión no afectaría la fundamentación.

³³³ Art. 175 Incisos 1 y 2 Pr. Pn. Legalidad de la prueba. “*Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente inciso, los elementos de prueba serán admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica, cuando corresponda*”.

³³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 97. Como ya se mencionó, la ponderación es la forma en que se aplica los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe de hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayoría medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

³³⁵ Art.8 lit. b LEPVYT. Atribuciones de la unidad técnica. “*conocer de las solicitudes de medidas de protección y atención formuladas por el Órgano Judicial, la Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, policía Nacional Civil, y el interesado*”.

naturaleza administrativa de las mismas, éstas tienen su incidencia en el debido proceso, porque puede suceder que no se hayan respetado principios esenciales para su implementación como son proporcionalidad y necesidad, razonabilidad entre otros, para ver si queda salvado la restricción de la garantía de confrontación³³⁶, contradicción y como consecuencia el derecho de defensa que tiene rango constitucional.

Y es que la resolución administrativa, por la cual se impone una medida de protección o asistencia conlleva ciertas restricciones al derecho de defensa, por ello es que al hacer la valoración de este medio de prueba protegido, debe el juzgador ser más exigente en cuanto a aspectos de credibilidad de la información que aporta al proceso, de ahí que aunque este confiado a un ente administrativo, la adopción de las medidas, dichas medidas de protección siempre han de ser objeto de un examen no solo de legalidad, sino si están conforme a la constitución, porque toda restricción a un derecho constitucional procede en forma provisional por un ente administrativo, pero luego el juez ha de legitimar dicha medida ya sea, porque no la revoque o incluso puede dejar sin efecto dicha medida de protección, no lo dice en forma expresa la ley especial objeto de estudio; pero es que el juez al valorar la prueba, no lo hará solo con un enfoque legalista, sino que debe de recurrir a la constitución que es donde tiene su base el debido proceso y el principio de culpabilidad, es decir que debe de ser una valoración más exhaustiva para evitar la arbitrariedad del ente administrativo, en la adopción de la medidas de protección³³⁷ y el abuso indiscriminado en la utilización de dicha medida.

Es aceptable que el Estado tome una postura sobre la protección de sus habitantes y para ello hay una serie de modalidades de protección con una serie de instrumentos legales; todo juzgador llámese Juez o Magistrado es un representante del Estado y también debe de velar por la protección de las personas dentro de su ámbito de competencia es decir dentro de los procesos y en este caso de esta

³³⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica, *Protección de testigos en el derecho penal mexicano*, S. Ed., Ed. Porrúa, México D.F., 2009, p. 39. Señala el autor que la confrontación requiere de la previa declaración de una persona, donde se refiere a otra de manera explícita detallando sus peculiaridades e incluso, sus circunstancias sociales. El juez o el tribunal, procederá a la confrontación para convalidar lo dicho y legitimar que, efectivamente, la persona que declara conoce o identifica a la que hace referencia.

³³⁷ Lo que se debe de buscar es evitar el uso indiscriminado de las medidas de protección a testigos, en especial las que inciden en el proceso y al momento de recibir el testimonio, y es que lo excesivo de las medidas solo se pueden valorar o examinar en el momento concreto que ha declarado y lo más sano es que no se hará en abstracto sino en concreto, siempre tomando en cuenta la afectación constitucional del derecho de defensa, esto en doctrina se conoce como la interdicción en exceso.

investigación en los procesos penales³³⁸. La sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia igualmente se ha pronunciado sobre el tema de protección de Víctimas y Testigos y sostenido en su jurisprudencia que al circunstancia de no constar en el expediente las generales de los testigos protegidos y no tener acceso a los mismo la defensa no vulnera el principio de contradicción y como consecuencia el principio de publicidad, ya que pueden cuestionar la credibilidad de la información de dicho testigo³³⁹.

En el tema de valoración de testigo bajo régimen de protección, debe de indicarse que coexisten dos sistemas de valoración de la prueba de dicho testimonio a saber: 1) El primero el sistema de sana crítica y 2) el segundo el sistema de íntima convicción, como es que funciona cada uno de ellos; esto va depender de la competencia, ya que sí el caso es del conocimiento de juez o tribunal³⁴⁰ será el sistema de sana crítica y si por el contrario es el conocimiento del jurado será el de íntima convicción³⁴¹. Ha de ser examinada en detalle la valoración de prueba testimonial bajo régimen de protección de testigos en relación al sistema de la sana crítica. Lo primero que hay despejar, porque estamos en fase de decidir, es si es un testigo natural bajo régimen de protección o si es un testigo impropio; lo segundo, es si la información que aporta ha sido obtenida legalmente; tercero, si la información aportada es eficaz en

³³⁸ CRUZ PACHECO, Juan Antonio, *El Lenguaje de los Derechos*, Ed. Trotta, Madrid 2007, p.87. *No menos variadas son las formas de protección. La protección puede darse a través de normas de Derecho Penal, de normas de Derecho Procesal, de acciones administrativas y a través de la coacción física. si bien este tipo de derechos suelen ser derechos constituciones de los particulares frente al Estado, nada impide que existan derechos protegidos por particulares por ejemplo los menores hacia los mayores, de los obreros frente a los patronos etc. Para Alexy el Estado cumple una función importante de protección que consiste en organizar y manejar el orden jurídico de una manera determinada para lograr tanto delimitar la esfera de los sujetos jurídicos iguales, es decir la esfera donde los demás no pueden intervenir, como imponer esa demarcación.*

³³⁹ SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 605-CAS-2007, dictada el 21 de marzo del 2011. Es preciso traer a cuento, ante este punto, que si las generales del testigo protegido no obran en autos, es como garantía del régimen que se ha erigido a su favor, ello no implica que se esté limitando a las partes el principio de contradicción, pues ellas mismas si lo tiene a bien, en el debate pueden cuestionar su credibilidad. Esta garantía opera ciertamente, como respuesta a la publicidad de todo proceso penal, es decir, que el acceso a los autos que conforman la causa no ha sido limitado a la ciudadanía, y debido a ello, la identidad resulta desconocía para los sujetos no procesales, no así para los fiscales o defensores, quienes sí disponen del acceso a estos datos.

³⁴⁰ Art.179 Pr. Pn. Valoración. *“Los jueces deberán de valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este código”.*

³⁴¹ Art.409 Inc. 4 Pr. Pn. Advertencia y promesa. *“juráis o Prometéis bajo vuestra palabra de honor examinar con la atención más escrupulosa los cargos que deben formularse contra el imputado N.N.; no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que lo acusa; no consultar con persona alguna la resolución que hayáis de pronunciar; no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor, ni por el afecto; decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre honrado y libre”.*

términos de pertinencia, relevante o utilidad para destruir la presunción de inocencia del acusado; Y finalmente, si dicha información es confiable en términos de que dicha información se corrobore con otros elementos objetivos de prueba y que no sea contraria, ni contradictoria con ellos. Ello será otro parámetro para extremar aún más el delicado tema de la valoración de ese testigo protegido, que puede revestir otras calidades adicionales. Como podemos analizar no es un mundo nada fácil, el trabajo que tiene que hacer el juzgador, en este tipo de prueba, es un agregado de exigencia y cuando es el jurado mucho más difícil para la persona del defensor que ha de cuestionar este tipo de pruebas, de ahí que debe de refutar su admisibilidad con mucha más razón, porque el jurado, no tiene los conocimientos técnicos jurídicos para poderlos descalificar como prueba legítima.

Cuando el juzgador está en el momento de la valoración de la prueba testimonial bajo régimen de protección, ha de hacerse un análisis crítico, y como consecuencia razonado, sobre qué eficacia probatoria dará a la información que brinda el testigo protegido, luego que ha despejado una serie de cuestionamientos previos antes mencionados en párrafos precitados, tomando en cuenta los cuestionamiento de las partes siempre que sean pertinentes. La sana crítica, como ya se ha sostenido será el sistema que adoptará el juzgador técnico, y le da algunos lineamientos para su valoración, como su aspecto psicológico, la experiencia y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano³⁴², lo anterior unido al principio de libertad probatoria; una consecuencia de la aplicación del sistema de sana crítica es la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales y es donde se expresa las razones que llevan a dictar una sentencia, con base a las probanzas producidas durante el juicio y valoradas en su conjunto, se excluye el conocimiento privado del juzgador, de no respetar los

³⁴² SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 83-CAS-2006, dictada el 13 de septiembre de 2006. “*Con relación al tiempo aproximado puede durar una balacera, el juzgador debe de tomar en cuenta la dificultad que representa para un testigo directo de los hechos, el grado de exactitud en el tiempo que suceden los mismos, puesto que las circunstancias que lo impactan pueden hacerlo caer en imprecisiones, y respecto a la clara contradicción encontrada por los sentenciadores, que el testigo “no sabía si LANDER estaba ahí (sic), al ser corroborado con la fundamentación descriptiva de la sentencia a folios 69 vuelto, no se constata tal afirmación, más por el contrario aparece literalmente: la mayoría de la gente salió huyendo. El testigo se fue también, por eso no se dio cuenta que había lesionado a LANDER, de eso se enteró a las cuatro y media en el culto, que una patrulla llevaba a un lesionado...después de los disparos se fue, no sabía lo que había sucedido, vio el hecho a unos dos metros, si vio cuando le dispararon a LANDER denotando con esto, que han formado su convicción, sobre la base de modificar los hechos narrados por el testigo. Lo anterior lleva a concluir que del conjunto de razonamientos que componen la fundamentación de la sentencia, se determina juicios no auténticos, lo que denota la inobservancia a la obligación de valorar las pruebas producidas con base a la lógica, puesto que una buena parte de motivación consignada en el proveído, adolece del requisito de legitimidad, pues se ha construido sobre frases no dichas, que afectan el acto de intermediación de la prueba testifical, poniéndose en duda la capacidad de percepción de las posibles inseguridades, serenidad o firmeza del declarante”.*

parámetros de la sana crítica nos lleva a una sentencia arbitraria y habilita a la parte afectada el derecho de recurrir por los medios que la ley franquea³⁴³.

Las limitaciones que ha de tener la defensa tanto material como técnica para obtener información de parte del testigo protegido debe saber valorarse muy cuidadosamente, porque esa condición de restricción al derecho de contradicción y confrontación limita hacer preguntas de naturaleza personal como la enemistad, amistad del testigo con él imputado, sin embargo la prueba testimonial debe de gozar de confiabilidad, verosimilitud, de ausencia de elementos espurios para poder destruir la presunción de inocencia de toda persona acusada; ello ha de examinarse o valorarse aspectos de percepción, que es la aprehensión del mundo, tomando condiciones como el tiempo, como describe la escena del delito, su iluminación, impacto que pudo ocasionar el hecho sobre el que es interrogado; aspecto de memoria, capacidad de conservación de la información, olvidos, tiempo transcurrido de lo que percibió y el tiempo en que es interrogado, mecanismo de defensa en el caso de víctimas delitos sexuales; aspectos de condición del testigo³⁴⁴, en síntesis debe de comprenderse que toda esa actividad probatoria y su valoración van en dos sentidos, uno que al juez se le debe convencer y otro alcanzar la certeza y con ello llegar a la verdad real.

Este medio de prueba de testigo bajo régimen de protección, corre el riesgo de que se preste para valorar prueba anónima, porque no se conoce la identidad de dicho testigo que declara quien es identificado con una clave; y como consecuencia cometer arbitrariedades e injusticias, con el peligro de convertirse hasta en pruebas ilícitas. Ya que existen resoluciones por parte de la Dirección del Área de Protección de Víctimas y Testigos, que dicho medio de prueba se vuelve anónimo, al prohibir en forma

³⁴³ FERRAJOLI, Luis, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª Ed., Ed. Trotta, Valladolid, 1997, p. 581. Señala el autor que como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la recusabilidad del juez por cada una de las partes interesadas. Y si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado. El juez, que no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo tengan sino ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo imparcial.

³⁴⁴ Aquí ha de considerarse si el testigo es un simple testigo, es coimputado, encubierto, de ahí su interés para declarar, sí es un testigo protegido sin que concorra otra calidad más que la de víctima su motivación ha de ser sana y natural que quiera colaborar como testigo y que se aclare la verdad, pues un interés legítimo, sí es un testigo protegido coimputado y además es arrepentido la cuestión será diferente, hay cierto grado de desconfianza pero ello no son creíbles sino que un grado de sospecha que falten a la verdad y hay que cerciorarse con qué frecuencia han declarado para ver si estamos ante una declaración contradictoria e incompatibles por lo que estaríamos ante un sospecha objetiva de parcialidad. En el caso de menores víctimas con doble protección por su edad hay que valorar la persistencia de la incriminación, concreción y coherencia.

categoría que la defensa no tenga conocimiento del testigo³⁴⁵, se recurre al argumento del principio de confidencialidad y por solo se permite al fiscal y al Juez; de acreditarse la culpabilidad de un ciudadano o ciudadana con este tipo de probanzas se está ante una sentencia no legítima, porque tiene como base pruebas ilícitas³⁴⁶; pero de reunir los estándares de una prueba legal, con base en el principio de libertad probatoria, por la especial circunstancia de este medio de prueba a lo más que se puede aceptar, es que puede ser valorado como un indicio, pues no posee la entidad suficiente para construir una sentencia condenatoria con ese único elemento probatorio, porque es una respuesta del Estado bastante limitante del derecho de defensa de todo imputado, ya que se trata de una prueba que carece de suficiente confiabilidad pues no puede verificarse si existen móviles espurios o no, en el sentido de que el testigo declare con un interés, declare coaccionado y se aparte de decir la verdad.

6. DERECHO DE LA VÍCTIMA

Primeramente es necesario hacer una aproximación a un concepto de víctima, porque suele identificarse con otros sinónimos tales como ofendido, sujeto pasivo del delito, agraviado, perjudicado, esto va a depender del ámbito en que se esté analizando y que disciplina lo aborde. Pero para efectos de naturaleza penal, en palabras muy sencillas podemos sostener que la víctima es la persona que sufre las consecuencias de un hecho punible; sin embargo nuestro Código Procesal Penal, da un

³⁴⁵ Resolución de Solicitud N°. 01/0781/12-1SS, de la Dirección del Área de Protección de Víctimas y Testigos, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, de las nueve horas y treinta y ocho minutos del día ocho de octubre de dos mil doce. “*De Conformidad al artículo 25 de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, por medio del Área de Protección, resuelve la reserva total de todos los aspectos relativos al procedimiento administrativo relacionado con las medidas de protección y atención, autorizando únicamente a la Autoridad Fiscal que lleva el caso y al Juez competente, el acceso a la información relacionada a la identidad de la persona protegida, obedeciendo en estricto apego al principio de confidencialidad*”.

³⁴⁶ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*, 1ª ed., Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 194-195. “*De acuerdo a Vescovi, la inadmisibilidad de la prueba ilícita se funda en el concepto de ilicitud que pertenece a la teoría general del derecho y constituye un principio general que se impone aún a falta de norma expresa. Basta que haya una regla de derecho violada, consecuencia que se impone en virtud de la unidad del derecho y la función secundaria del proceso. En similar posición se enrola Silva Melero, quien toma el concepto de ilicitud como único en el orden jurídico. Pero se le agrega a esta idea de integridad, el principio de moralidad que inspira las garantías constitucionales. El análisis de la moralidad de una norma general o una decisión presenta arduos y complejos problemas, comunes a los que se ha dedicado en extenso la teoría del derecho. Se trata de la justificación de la validez de los juicios de valor, es decir, si haya alguna forma de demostrar que un juicio de justicia o bondad moral es verdadero o válido de tal modo que esa demostración sea, en principio, asequible cualquier persona normal que estuviere en las condiciones adecuadas y también la determinación de los principios de justicia y moralidad social que permiten enjuiciar las regulaciones e instituciones jurídicas*”.

concepto más amplio de víctima³⁴⁷, pues considera víctima tanto a la persona natural individual como a la persona jurídica y no sólo al titular del bien jurídico tutelado por la norma penal, aun cuando el derecho penal en este aspecto ha tenido una tendencia individualista, al exigir en concreto quién viola la norma y quién es la persona afectada con esa vulneración, pero modernamente el mismo avance de la sociedad ha hecho que ese concepto tradicional se vea ampliado al considerar incluso a toda una comunidad como víctima, ejemplo de ello en delitos que se ve afectado el medio ambiente, es decir cuando afectación a intereses difusos.

Actualmente la víctima tiende a recobrar su verdadero papel dentro del proceso, al ser considerada sujeto procesal³⁴⁸ y reconocerle una serie de derechos, que antes habían sido expropiados por el Estado, son dos, las consideraciones a favor de la persona de la víctima y con ello dejar a un lado su posición marginal; así reivindicar una posición de equilibrio entre las partes materiales, potenciando así sus derechos como tal, el sistema acusatorio es que de alguna manera es más relevante en relación al sistema inquisitivo en proteger los derechos de la víctima, ya que permite la figura de la querrela y no solo el Fiscal que acusa, es quien puede representarla; hoy se tiene una sociedad con estructura sociopolítica en formación y en donde ciertos miembros de esa sociedad toman un rol protagonista y concentran de alguna manera el poder de sus componentes y los problemas jurídicos penales, ya se van solucionando no con la venganza sino con otros controles como el ostracismo, para luego dar nacimiento al Estado Moderno y con ello se reformula el aspecto de cómo va a ser el tratamiento de la acción penal por parte del Estado.

³⁴⁷ Art. 105 Pr. Pn. Víctima. “*Se considera víctima: 1) Al directamente ofendido por el delito. 2) Al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o al padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. 3) A los socios, respecto a los delitos que afectan a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes la dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada. 4) A las asociaciones, en aquellos delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses*”.

³⁴⁸ RIGHI, Esteban, *Op. cit.*, p. 329. El sistema que permite una participación plena de la víctima es la querrela “conjunta”, pues le concede autonomía para formular la pretensión punitiva, ejercerla sin limitación en toda clase de delitos, no solo en los definidos como de acción privada, sino también en lo de acción pública, dependan o no de instancia privada. Su intervención solo está condicionada a que acredite su legitimación, es decir que exhiba la calidad de haber sido ofendido por el hecho punible.

Hoy en día a la persona de la víctima se le reconocen derechos³⁴⁹, que tiene la capacidad que con su voluntad dentro del proceso, puede dar una solución civilizada -por ejemplo con una salida alterna- y a participar activamente en él, gozar de régimen de protección, como tal, es decir como víctima, porque sí a la vez es testigo también como se ha analizado en párrafos precitados; dentro de las soluciones alternas a manera de ejemplo tenemos la figura procesal de Conciliación y Mediación³⁵⁰ como una forma de participación y podemos sostener que tienen derecho a un debido proceso³⁵¹, ya que tiene derecho de audiencia, conocer de las decisiones del proceso, ofertar pruebas e impugnar resoluciones que considere que le vulneran sus derechos como víctima; y cuando es menor de edad tiene una protección reforzada, ya que declara en condiciones especiales ejemplo utilizando la Cámara Gesell a efecto de potenciar el interés superior del niño, que es toda persona menor de dieciocho años³⁵², es decir, que tratándose de niños o niñas víctimas su tratamiento debe de ser especial, si ha de declarar lo hará en ambientes no formales y además tratar de comparezca a los juzgados o tribunales solo cuando sea necesario para evitar victimizarlo lo menos posible.

Siempre ha existido una preocupación por la comunidad internacional sobre el tema de las víctimas, y por ello es que se cuenta con la Declaración Sobre Principios Fundamentales de Justicia para las

³⁴⁹ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, s. ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 17. Señala el autor, que el acceso a la justicia no consiste únicamente en la posibilidad de presentar una causa ante un tribunal y que este emita una sentencia definitiva sobre el asunto planteado sino que, además, es necesario que en proceso se tenga un acceso efectivo, lo cual no se cumple si quienes participan en el proceso no pueden hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales por concepto de tasas de justicia, multas u honorarios desproporcionados regulados por la ley, que pueden ser un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia.

³⁵⁰ Art. 39 Inc. 3 Pr. Pn. Trámite de la Conciliación y Mediación. “*La conciliación y la mediación podrán realizarse en sede fiscal siempre que la víctima, el imputado, sus representantes, el civilmente responsable o cualquier interesado en satisfacer el perjuicio causado, lo soliciten. En este caso, alcanzado el acuerdo; cesará la detención del imputado y dentro de los cinco días siguientes el fiscal remitirá al juez el acta respectiva para su homologación sin necesidad de más trámite*”.

³⁵¹ Dentro del debido proceso la víctima tiene derecho a ser oído, a que se le notifiquen las resoluciones que se van dictando dentro del proceso, derecho a ser tratado con igualdad ante la justicia, es decir si el acusado tiene derecho a ofrecer pruebas igual lo tiene la víctima, si el encartado tiene derecho a recurrir de las decisiones judiciales también lo puede hacer la víctima, en consecuencia es otro sujeto procesal, aun cuando la normativa no lo regule expresamente pero se le aplica el principio de bilateralidad y de contradicción propios del sistema acusatorio mitigado como el nuestro.

³⁵² Art. 3 CDN “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Víctimas de delitos y abuso de poder³⁵³; se aborda en ese instrumento la necesidad de tratar a la víctima con dignidad, que es lo primordial; en primer lugar, por su condición de ser humano; y en segundo lugar, por haber sufrido una vulneración a un bien jurídico que el mismo Estado ha considerado protegerlos con la creación de los tipos penales en las diferentes leyes de contenido penal. Otro aspecto de suma trascendencia, es que se le reconoce a la víctima el acceso a una justicia restaurativa. Es decir, el derecho a una pronta reparación del daño sufrido, para ello se requiere que los jueces permitan tal derecho, incluso cuando el agresor es un funcionario o empleado del Estado. Para ello es necesario sensibilizarse con el tema de las víctimas, porque sufre por la acción del agresor y luego el Estado le expropia ese conflicto, con la justificación de que es un delito de acción pública, ahí es donde hay que privilegiar el derecho penal de los Derechos Fundamentales para proteger a la víctima³⁵⁴.

Como ya se ha argumentado, la víctima tiene derecho a un debido proceso, cuyas garantías están normadas para el justiciable y siempre en constante evolución. El principio de igualdad le es perfectamente aplicable y debe de ser respetado por todos los operadores del sistema de justicia; por ello tiene derecho a un juez imparcial e independiente, que resguarde esa igualdad y con ello obtener un fallo justo y que no sea a espaldas de la víctima, ya que los derechos fundamentales, las garantías judiciales son para todas las personas involucradas en un proceso con lo cual es perfectamente aplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵⁵, esto se ve reflejado en nuestro ordenamiento jurídico interno en la separación de funciones: la investigación del delito le corresponde por mandato constitucional al Ministerio Público Fiscalía General de la República³⁵⁶ y el juzgamiento le corresponde a los Jueces o Magistrados a quienes se les impone la obligación que, cuando decidan los

³⁵³ Recomendada, para adopción, por el séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención de Delitos y Tratamiento de Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

³⁵⁴ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. “4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a lo mecanismo de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.

³⁵⁵ Art. 8.1 CADH. Garantías Judiciales. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”.

³⁵⁶ Art. 193 Inc. 1° Cn “Corresponde al Fiscal General de la República: N°3 Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley”.

casos sometidos a su conocimiento se sometan a la Constitución, al derecho internacional vigente, a la jurisprudencia, con ello se fortalece dicha garantía judicial a las personas de la víctimas.

Al considerar a la víctima con un rol activo y no neutralizado por el Estado, pues ejerce una función de control para la misma Fiscalía General de la República, verbigracia, al exigirle que promueva la acción penal o que recurra de una resolución desfavorable; a ser oída de las resoluciones de los Jueces que van conociendo de su caso en las diferentes instancias, con el objeto de hacer efectivo su derecho y evitar futuras agresiones; existiendo en algunos casos, una relación de cercanía entre agresor y víctima; sin llegar a sostener que la víctima es “objeto” de protección, sino un “sujeto de derechos” mediante la existencia de un derecho victimal; es decir, se trata de la protección de derechos como sujeto interviniente dentro del proceso, se busca la humanización del derecho penal y por ello se exige un trato digno y que sea tomada en cuenta en algunas decisiones por ejemplo en la suspensión condicional del procedimiento³⁵⁷, donde para que proceda es necesario que la víctima este en alguna medida satisfecha con una indemnización, por parte del inculcado, que es, quien ha causado con su acción un daño.

Otro derecho que se le reconoce a la víctima es el derecho a ser informado³⁵⁸, es un derecho que se encuentra positivado, que se le conoce como derecho instrumental a la participación de la víctima en el proceso penal³⁵⁹, siempre sobre el horizonte humanizante, del rol que debe de tener este sujeto

³⁵⁷ Art. 24 Inc. 3° Pr.Pn. Suspensión Condicional del Procedimiento. *“Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez podrá disponer la suspensión condicional de procedimiento siempre que se haya reparado los daños causados por el delito o asumido formalmente la obligación de repararlos incluso mediante acuerdo con la víctima. La reparación del daño puede cumplirse a plazos, sin que el mismo pueda exceder del periodo de prueba fijado”.*

³⁵⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 5-2001/10-2001/24-2001 acumulados, de fecha 23 de diciembre de 2010. Señalando el tribunal que: *“a partir del Art. 3 Cn., la víctima está facultado para: (i) ser escuchada en los casos en que el fiscal quiera aplicar el criterio de oportunidad, conforme al art. 20 del C.Pr.Pn.; (ii) impugnar la decisión judicial que concede el mencionado criterio de oportunidad; (iii) solicitar la conversión de la acción penal pública en privada, conforme al art. 29 del C.Pr.Pn.; y (iv) ejercer la acción penal privada –como querellante–, según el art. 21 inc. 2° del C.Pr.Pn., si es supuesto no es de lo que se contempla en el art. 29 de tal Código”.*

³⁵⁹ CASTRILLO, Eduardo de Urbano, “Investigación e Instrucción: Diferencias y Garantías a la Luz del Modelo Vigente. Alternativas de Futuro”, en AA.VV., *El Juez de Instrucción y Juez de Garantías. Posibles Alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p.67. *“Otra novedad, es la posibilidad de que las víctimas o perjudicados, puedan recurrir las decisiones de archivo, las cuales se le comunicarán, aunque no ostentaren formalmente la cualidad de partes procesales. Igualmente, se admite expresamente la posibilidad de que los personados, puedan instar la práctica de diligencias que convinieren a su derecho. Y se prevé, explícitamente, su derecho a ser informado por la Policía, Fiscalía y Juzgado en todos sus derechos, incluidos los que prevé la legislación en materia de asistencia a las víctimas”.*

procesal³⁶⁰; sin que lleguemos a sostener con los derechos de la víctima, entran en colisión con los derechos del procesado, sino que así como el acusado tiene derecho a un debido proceso y juicio justo, también lo debe de tener la víctima, es decir que las garantías son para ambos en un enfoque integrador del derecho. Algunas son especiales para el justiciable y siempre siguiendo los lineamientos de humanización de la justicia, hoy en día se suele abordar el tema de la justicia reparadora, es decir, se hace énfasis en la reparación del daño a la víctima, para ello se ha realizado congreso³⁶¹ y con ello restaurar las relaciones entre los que dieron origen a la afectación, tiene que darse en delito menos graves y con ello no convertirla en una utopía.

³⁶⁰ Se ha llegado a analizar y reflexionar sobre la necesidad de proteger derechos individuales tanto del justiciable como de la persona de la víctima dentro del proceso penal, con ello no se quiere pasar por alto la naturaleza pública del derecho penal, pero si la necesidad de crear un estatuto jurídico de la víctima y con ello estamos potenciado una justicia en materia penal respetuosa de los derechos fundamentales del binomio imputado-víctima, además no ser factor generador de una victimización secundaria al menos.

³⁶¹ *Así fue que a efecto de potenciar derechos de la víctimas se celebraba el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, en donde todos los involucrados en un conflicto penal, conjuntamente llegan a resolver de forma civilizada, el mecanismo de reparación para la víctima, estaba basado en el dialogo entre imputado y víctima, ambos protagonistas, es decir, víctima e imputado, con el ánimo de encontrar una solución acorde a sus respectivas expectativas*

CONCLUSIONES

PRIMERA. El régimen de protección de víctimas y testigos debe de potenciarse para los que tienen la calidad de testigos ordinarios y no únicamente para los testigos impropios o extraordinarios; es decir, no para los que gozan de criterio de oportunidad como los testigos arrepentidos, ya que, con ello estaríamos respetando los principios que informan al proceso penal, a los medios de prueba, en especial al momento del juicio, primordialmente la oralidad, inmediación, contradicción, publicidad, de no ser así, se está potenciando ya que el testigo protegido se vuelva un medio de prueba irregular, vulnerando con ello el debido proceso penal.

SEGUNDA. La Adopción de medidas de protección para víctimas y testigos, reguladas por la normativa interna denominada Ley Especial Para la Protección de Víctimas y Testigos, dentro del proceso penal, no está en consonancia con la normativa internacional sobre la regulación de la figura del testigo protegido, pues el Convenio Centroamericano para la Protección a las Víctimas, Peritos y demás sujetos que Intervienen en la Investigación y en el Proceso Penal, particularmente en la Narco Actividad y Delincuencia Organizada; ya que la ley interna no distingue si el régimen es aplicable únicamente a delitos graves, ni que naturaleza debe ser para aplicación de las medidas de protección, y es, que con ello abre la posibilidad de su aplicación generalizada. Distinción que sí hace el Convenio referido.

TERCERA. La adopción de medidas de protección a víctimas y testigos, obstaculiza el aseguramiento de un Juez imparcial exigido por la Constitución en el proceso penal, porque al no conocerse la identidad del testigo, ya que es identificado sólo con una clave, no puede la defensa alegar recusaciones basada en parentesco entre la víctima y Juez u otra circunstancia que afecte su testimonio, que está decidiendo sobre la culpabilidad del justiciable; y en el aspecto de valoración de la prueba de víctima y testigo bajo régimen de protección el juzgador debe de extremar los parámetros de valoración de la prueba, para que este dentro de los estándares de un juicio justo y evitar arbitrariedad en la administración de justicia con el uso de testigos bajo régimen de protección.

CUARTA. El programa de protección de víctimas, testigos y peritos, puede ser administrado por un ente administrativo, como es la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, pero debe de entenderse como

tal: Es decir, que debe tener una función de ente central y sólo adoptar medidas de protección y de asistencia, pero únicamente solo en forma provisional y por un período de tiempo que dure la investigación administrativa; ya que en la fase judicial, dichas medidas como se tratan de limitaciones de derecho constitucional, como es el derecho de defensa, debe de aplicarse el principio de reserva judicial, es decir que esas medidas implementadas por el ente administrativo deben ser confirmadas, modificadas, revocadas por el juez competente.

QUINTA. Con la prueba testimonial bajo régimen de protección de testigos, se ve seriamente afectado el principio de igualdad procesal, que es un componente del derecho de defensa, pues ello significa que la defensa está en igualdad de armas con la representación fiscal o querellante. De ahí que con dicha modalidad de testigos no existe una efectiva defensa para el imputado por limitarse la publicidad, pues la defensa no tiene acceso al conocimiento de quién es la persona que goza de protección en los casos que declaran e identifican con clave y no son vistos por el imputado ni el defensor, afectando un componente de la tutela judicial efectiva como lo es que no se produzca una desigualdad y afectación al derecho de defensa.

SEXTA. Para el Estado le es más fácil aplicar medidas de protección dentro del proceso y no medidas extraprocesales, porque no necesita inversión económica sino restricciones de derechos, por lo que esa política criminal del Estado no está acorde con debido proceso, respetuoso de las garantías judiciales tal como interrogar testigos en igualdad de condiciones que su contra parte, que es la Fiscalía General de la República o la querrela.

SEPTIMA. En los procesos penales donde sólo se cuenta con única prueba testimonial incriminatoria y además goza del régimen de protección de testigos, luego de pasar el examen de admisibilidad de dicha prueba, exigiendo el cumplimiento de los estándares de un debido proceso; su valoración ha de ser el de un indicio, sin poder construir la culpabilidad de un incriminado, sino que debe de requerirse de otras pruebas que corroboren su dicho.

OCTAVA. En caso que el régimen de protección de testigos se aplique a un imputado a quien se otorgue criterio de oportunidad, ha de tenerse aún mucho mayor cuidado en esas exigencias de corroboraciones objetivas y la persistencia de su versión, puesto que este régimen de protección

beneficia a la persona del imputado quien por una ficción jurídica, modifica su calidad y pasa a ser testigo, siendo en realidad dos sujetos diferentes en el proceso.

NOVENA. Debe de potenciarse las medidas de protección de naturaleza extraprocesal para las víctimas y testigos, pues no tienen mayor incidencia en el debido proceso y no afectan garantías judiciales, como el de igualdad, contradicción y confrontación, exigidas por la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos suscritos por nuestro Estado y el Código Procesal Penal.

DÉCIMA. Debe potenciarse la colaboración o cooperación internacional y regional, al menos a nivel de los países de Centroamérica, para poder hacer efectivas las medidas de protección a víctimas y testigos, para evitar que sufra un atentado en contra de su vida o integridad, claro para ello se necesita de un presupuesto financiero, pero se está potenciando una verdadera protección a testigos en forma responsable.

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

AGUDELO RAMIREZ, Martín, *El Poder Político, su Fundamento y sus Límites del Poder desde los Derechos del Hombre*, Ed. Temis, Bogotá, 2006.

ARAGANESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 4ªed., Ed. Rubí, Madrid, 1983.

ARMIJO, Gilbert, *Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal*, 2ª, ed., Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2001.

ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Coord.), *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de Corrupción y Fraude*, 1ª Ed., Ed. Universidad de Castilla- La Mancha, España, 2006.

ASCENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blach, Valencia, 1998.

BACIGALUPO Z., Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

BACIGALUPO, Enrique, *Monografías Jurídicas, Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BINDER, Alberto M., *La implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*, 1ª.ed., Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2012.

BINDER, Alberto M., *Política Criminal: de la Formulación a la Praxis*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1997.

BINDER, Alberto M., *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

BRUC CET ANAYA, Luis Alonso, *El Crimen Organizado*, Ed. Porrúa, México, 2001.

CAFETZOGLUS, Alberto Néstor, *Delito y Confesión*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

CANCIO MELIÁ, Manuel y SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Delitos de Organización*, Ed. B de F, Montevideo, 2008.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano, "Investigación e Instrucción: Diferencias y Garantías a la Luz del Modelo Vigente. Alternativas de Futuro" publicado en AA.VV. *El Juez de Instrucción y Juez de Garantías. Posibles Alternativas*, Publicación Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, Tomo II, S. Ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005.

CATENA, Víctor y CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ªed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

CEPEDA E., Manuel J., *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1997.

CERES MONTÉS, José Francisco, "Lugar que desempeña la Víctima en Particular en la fase de Instrucción: Nuevas Tendencias", en *Revista Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, N° 38, Madrid, 1995.

CASTRO, César San Martín, *Derecho Procesal Penal*, volumen II, 2ª ed., editora jurídica Grijley, Lima Perú, 2003.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 1998.

CHIESA APONTE, Ernesto L., *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, volumen I, Ed. Forum, Colombia, 1995.

CHIESA, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Tomo I, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.

CHOCLÁN MONTANO, José Antonio, "La prueba Videográfica en el Proceso Penal: Validez y Límites" en *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, N° 38, Madrid, 1995.

CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

DAYENOFF, David E., *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1997.

DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal*, Tomo I, 4ª ed., Ed. Temis, 1997

DEI MALATESTA, Nicola Framarino, *Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal*, Tomo II, 4ª ed., Ed. Temis, Bogotá 1997.

DEU, Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

DIAZ CABIALE, José Antonio, *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la Imparcialidad del Juez*, Ed. Comares, Granada, 1996.

ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Tomo I, Editores RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1984.

ECHANDIA, Hernando Devis, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Tomo II, Editores RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1984.

ECHANDIA, Devis, *Teoría General de Proceso*, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997.

EDWARDS, Carlos Enrique, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada: Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la Ley 24.424*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

FERRAJOLI, Luis, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª Ed., Ed. Trotta, Valladolid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo una Discusión sobre Derecho y Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

FIERRO-MENDEZ, Heliodoro, *Exclusión de Actos y Pruebas en el Juicio Oral*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005.

FLORIAN Eugenio, *De las Pruebas Penales*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1998.

G.SALT, Marcos y otros, *Delitos No Convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

GARCIA ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como Norma y Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto y otros, *La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, procesales y Orgánicos*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

GASCON ABELLÁN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Ed. Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.

GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado Constitucional de Derecho y Psicoanálisis y Sexualidad*, 1ª. Ed. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *La Prueba en el proceso Penal*, Ed. Forum S. A., Oviedo, 1991.

GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo y otros, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Ed. Praxis S. A, Barcelona, 1996.

GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luis, *La Detención Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio*, Ed. Leyer, Bogotá, 2009.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

GUAYRAUD, Jean-Francois, *El G9 de las Mafias del Mundo*, S. Ed., Tendencias Editores, Barcelona, 2007.

JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2007.

JAUCHEN, Eduardo M., *La Prueba en Materia Penal*, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1996.

JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Ed. RubinzalCulzoni, Buenos Aires, S.F.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*, 1ª ed., Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.

HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.

KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Ed. RubinzalCulzoni, 2ª ed., Buenos Aires, 2001.

LÓPEZ BENÍTEZ, Lilia Mónica, *Protección de testigos en el derecho penal mexicano*, S. Ed., Ed. Porrúa, México D.F., 2009.

LUZON CUESTA, José María, *El Recurso de Casación Penal*, 2ª Ed., Madrid, Ed. Colex, 2000.

MARCHORI, Hilda, *Victimología. La Víctima desde la Perspectiva Criminológica. Asistencia Victimológica*, 1ª Ed. Ed. Universitaria Integral, Córdoba, Argentina, s/f.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ed. de J.M. Bosch, Barcelona 1999.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

MONTOYA, Mario D., *Mafia y Crimen Organizado*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2004.

MORENO CATENA, Víctor M, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, Ed. Montecorvo S., Madrid, 1980.

MORENO CATENA, Víctor, “La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español”, en AA.VV., *Revista Penal*, Ed. Praxis S. A., Barcelona, 1999.

NAVARRO, Juan Manuel de Oña, “El Derecho de Defensa en la Fase de Instrucción del Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional” en AA.VV., *Constitución y Garantías Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

NORES CAFFERATA, José I., *La Prueba en el Proceso Penal*, 2ª ed., Ed. de Depalma, Buenos Aires, 1994.

OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 1998.

OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel, *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*, 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1999.

ORSI, Omar Gabriel y RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *Transparencia, Acceso a la Información y Tratamiento Penal de la Corrupción*, 1ª ed., Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2011.

ORTIZ RICAURTE, Edgar Henry, *La Protección del Testigo*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 1999.

PALACIO, Lino Enrique, *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

PALACIO, LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18 ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

PANDOLFI, Oscar R., *El recurso de casación penal*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2001.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

PÉREZ, Francisco Alonso, *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

POLAINO NAVERRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 3ª Ed. Bosch, Barcelona, 1996

- RAMOS MENDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Iurgium, Madrid, 2000.
- RIGHI, Esteban y otros, *Teorías Actuales en el derecho Penal Argentina*, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires 1998.
- RIQUERT, Marcelo A., "Garantía y Delincuencia no Convencional: El Uso de Agentes Encubiertos en el Mercosur", en AA.VV., *Garantías Penales en Argentina, España y sus Sistemas de Inserción Regional* 1ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.
- RIOFRIO MARTINEZ-VILLAALBA, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- RUDI, Daniel Mario, *Protección de Testigos y Proceso Penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y otros, *Política Criminal y Principialismo*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.
- SANTO, Víctor, *La Prueba y los Recursos en los Procesos Ordinarios y Sumarios*, Ed. UNIVERSIDAD, Buenos Aires, 2010.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y otros, *Derecho Penal Juvenil*, 1ª ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2002.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.
- VIGO, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- VOLIO JIMENEZ, Fernando, "Los Controles Constitucionales de los Derechos Humanos en Centroamérica", en AA.VV., *El Juez y la Defensa de la Democracia*, 1ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993.
- WOLFE, Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

ÍNDICE LEGISLATIVO

CÓDIGO DE FAMILIA, D.L. N° 677, del 11 de octubre de 1993, D.O. N° 231, Tomo 321, publicado el 13 de diciembre de 1993.

CÓDIGO PENAL, Decreto Legislativo Número 1030, del 26 de abril de 1997, Diario Oficial Número 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Decreto Legislativo número 733, de fecha 22 de octubre de 2008, Diario Oficial número 20, tomo 382, publicado el 30 de enero de 2009.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto Constituyente Número 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá 1948.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Aprobada el 22 de noviembre de 1969, Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo número 5, de fecha 15 junio de 1978, publicado en el Diario Oficial número 82, de fecha 05 de mayo de 1995.

CONVENIO CENTRO AMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS, PERITOS Y DEMÁS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA INVESTIGACIÓN Y EN EL PROCESO PENAL, PARTICULARMENTE EN LA NARCO ACTIVIDAD Y DELINCUENCIA ORGANIZADA, Aprobado el 11 de diciembre de 2007, Ratificado por El Salvador por D. L. N° 717, de fecha 2 de octubre de 2008, publicado en D.O N°204, Tomo 381 de fecha 30 de octubre del 2008.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948, suscrita por El Salvador, el 10 de diciembre de 1948.

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA, D.L. N° 190 del 20 de diciembre de 2006, D.O. N° 13 Tomo 374, publicado el 22 de enero de 2007.

LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, D.L. N° 902, del 28 de noviembre de 1996, D.O. N° 241, Tomo 333, publicado el 20 de diciembre de 1996.

LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, D.L. 534, del 2 de diciembre de 2010, D.O. N° 70, Tomo 391, publicado el 8 de abril de 2011.

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. 839, del 26 de marzo de 2009, D.O. N° 839, Tomo 386, publicado el 16 de abril de 2009.

LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL, D.L. N°450, del 22 de febrero de 1990, D.O. N° 103, Tomo 307, publicado el 4 de mayo de 1990.

LEY ESPECIAL CONTRA ACTOS DE TERRORISMO, D. L. N° 108 del 21 de septiembre de 2006, D.O. N° 193 Tomo 373 del 17 de octubre del 2006.

LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS, D.L. N° 1029 de 26 de abril de 2006, D.O. N° 95 Tomo 371, publicado el 25 de mayo del 2006.

LEY PENAL JUVENIL, D.L. N° 863, de 27 de abril de 1994, D.O. N° 106, Tomo 323, publicado 8 de junio de 1994.

LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO, D. L. N° 668, del 19 de marzo de 1996, D.O. N° 58 Tomo 330, publicado el 22 de marzo de 1996.

REGLAMENTO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS Y TESTIGOS, D. E. N° 89 del 2 de octubre de 2007, D. O. N° 195 Tomo 377, publicado el 19 de octubre del 2007.

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL, D.E. N° 82, del 25 de septiembre de 2002, D.O. N° 188, Tomo 357, publicado el 9 de octubre de 2002.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva de inconstitucionalidad, referencia 18-98, dictada el día 20 de noviembre del 2007.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Amparo, referencia 258-2004, dictada el 24 de agosto de 2006.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Habeas Corpus, referencia 17-M-95 y ac. 20-C-95, dictada el 13 de Octubre de 1995.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia 5-2001/10-2001/24-2001 acumulados, de fecha 23 de diciembre de 2010.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Revisión de Habeas Corpus, referencia 66-2006R, dictada el 10 de enero de 2008.

SALA DE LO PENAL

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 112-CAS-2008, dictada el 8 de noviembre del 2010.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 198-12-2, dictada el 3 de septiembre de 2012.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 253-CAS-2005, dictada el 29 de noviembre de 2005.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 253-CAS-2005, dictada el 29 de noviembre de 2005.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 284-CAS-2007, dictada el 23 de julio de 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 325-CAS-2006, dictada el 21 de enero del 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 334-CAS-2007, dictada el 13 de febrero de 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 33-CAS-2006, dictada el 20 de mayo del 2011.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 372-CAS-2007, dictada el 3 de marzo del 2010.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 417-CAS-2006, dictada el 9 de enero del 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 426-CAS-2006, dictada el día 19 de Junio del 2008.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 435-CAS-2006, dictada el día 3 de abril del 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 439-CAS-2007, dictada el día 20 de marzo del 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 439-CAS-2007, dictada el 20 de marzo de 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 469-CAS-2006, dictada el 6 de enero del 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 485-CAS-2008, dictada 8 de marzo de 2011.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 569-CAS-2006, dictada el 11 de agosto de 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 621-CAS-2008, dictada el 13 de septiembre de 2010.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 652-CAS-2007, dictada el 21 de julio de 2009.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 75-CAS-2008, dictada el 21 de junio del 2010.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia 83-CAS-2006, dictada el 13 de septiembre de 2006.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia C-118-02, dictada el 15 de julio de 2003.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, referencia. 605-CAS-2007, dictada el 21 de marzo del 2011.

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia definitiva, referencia 485-CAS-2008, dictada el 8 de marzo de 2011.

CÁMARAS

CAMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Incidente de Apelación, referencia N° 2-09-3-10-A, dictado el 27 de enero del 2010.

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia definitiva, referencia 148-12-2, dictada el 27 de julio de 2012.

CAMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva, con referencia Inc.104-13(6), dictada el día 20 de junio de 2013.

TRIBUNALES DE SENTENCIAS

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA, Sentencia definitiva, referencia 88-2006-2^a, dictada el 18 de mayo de 2006.

TRIBUNALES INTERNACIONALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 20 de noviembre de 1989, caso de Kostovski contra los Países Bajos (Holanda).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25 de noviembre del 2005 del caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú,

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 25 de octubre 2012, caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

FUENTES HISTÓRICAS

CÓDIGO PROCESAL PENAL, D. L. N° 904 del 4 de diciembre de 1996, D.O N° 11 Tomo 334, publicado el 20 de enero de 1997.

OTRAS FUENTES

Acuerdo N° 098 de la Fiscalía General de la República, de fecha diez de agosto del dos mil diez, publicado en D. O. N° 216, Tomo 389 de fecha dieciocho de noviembre del dos mil diez.

D. L. N° 639 de fecha 22 de febrero de 1996, publicado en el D. O. N° 48 Tomo N° 330 de fecha 8 de marzo de 1996.

D.L. N° 281 del 8 de febrero de 2001, D.O. N° 32 Tomo 350, publicado el 13 de febrero de 2001.