UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006.
PLAN DE ESTUDIO 1993.

"EL TESTIGO ANÓNIMO FRENTE AL DERECHO DE DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL SALVADOR"

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:
DAVID ALFONSO RAMÍREZ GUEVARA
GERSON ERNESTO RAMÍREZ GUEVARA
JUAN ANDRES SANTAMARÍA HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. JOSÉ DAVID CAMPOS VENTURA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN
LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA

DEDICATORIA

A JEHOVA DIOS:
“Por otorgarme el maravilloso regalo de la vida, por ser un amo generoso al colmarme de bendiciones inmerecidas, y por iluminar mis pasos protegiéndome desde que nací hasta la fecha”

A MI SEÑOR JESUCRISTO:
“Por ser el gran maestro por excelencia, el ejemplo perfecto de rectitud y por mostrarme con su vida la senda que debo recorrer”

A MIS PADRES DR. JUAN JOSE SANTAMARIA Y DRA. GLADYS MARINA DE SANTAMARIA:
“Por haberme traído al mundo, por su esmero al educarme, cuidarme y protegerme en cada momento de mi vida, mostrándome con hechos la clase de persona que debo ser; y por constituir la inspiración de toda mis acciones, siendo después de mi Dios los seres mas importantes en mi existencia.

A MIS HERMANOS LISSETTE, DAVID Y JOSE:
“Por apoyarme en toda mi vida, compartiendo mis alegrías y tristezas, convirtiéndose en mis mas leales confidentes; por ser mi sangre, y ante todo por quererme de la manera que solo un hermano sabe hacerlo”.

A MIS COMPAÑEROS DAVID Y GERSON RAMIREZ:
“Por haber sido desde el inicio de la carrera y durante el desarrollo de este proyecto mis compañeros de armas y mis amigos mas cercanos”

A MI ASESOR LIC. JOSE DAVID CAMPOS VENTURA:
“Por su dedicación y esfuerzo al haberme legado sus conocimientos y destrezas, siendo un modelo vocación y profesionalismo; pero ante todo por ser un gran amigo”.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:
“Por contribuir de cualquier manera a que alcanzara esta meta, estimulándome y dándome animo”

AL PLANTEL DOCENTE DE LA FACULTAD DE JJ Y CC SS:
“Por legarme los conocimientos necesarios para desarrollar el presente trabajo y forjar mis aptitudes para ejercer la profesión que he elegido”.

Juan Andrés Santamaría Hernández

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO:
“Por su protección brindada a lo largo de mi vida, y por iluminarme especialmente durante el proceso de elaboración del presente trabajo”

A MIS PADRES ERNESTO RAMIREZ Y MILAGRO DE RAMIREZ:
“Por el sacrificio efectuado a fin de que tuviera una formación académica, que pudiera hacerme valer por mi mismo, apoyándome en todo momento de mi vida”

A MI HERMANO GERSON:
“Por se mi mas cercano amigo y mi mas leal compañero, apoyándome en todo el curso de esta carrera”

A MIS AMIGOS:
“Por el animo brindado durante el tiempo que duraron mis estudios y en el desarrollo de la tesis”

A MI ASESOR:
“Lic. José David Campos Ventura, por su dedicación, esfuerzo y esmero, y por hacer de este trabajo algo interesante y singular

DAVID ALFONSO RAMIRES GUEVARA

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO:
“Por su protección brindada a lo largo de mi vida, y por iluminarme especialmente durante el proceso de elaboración del presente trabajo”

A MIS PADRES ERNESTO RAMIREZ Y MILAGRO DE RAMIREZ:
“Por el sacrificio efectuado a fin de que tuviera una formación académica, que pudiera hacerme valer por mi mismo, apoyándome en todo momento de mi vida”

A MI HERMANO DAVID:
“Por se mi mas cercano amigo y mi mas leal compañero, apoyándome en todo el curso de esta carrera”

A MIS AMIGOS:
“Por el animo brindado durante el tiempo que duraron mis estudios y en el desarrollo de la tesis”

A MI ASESOR:
“Lic. José David Campos Ventura, por su dedicación, esfuerzo y esmero, y por hacer de este trabajo algo interesante y singular

GERSON ERNESTO RAMIREZ GUEVARA

INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren, donde la problemática de la inseguridad, del crimen organizado, de la ineficiencia del proceso penal están en la cima de las cuestiones que aquejan y preocupan a toda la comunidad, existe un caldo de cultivo propicio para que surjan y se legitimen nuevos medios de prueba u otros muy antiguos a los que se le adaptan particularidades en su producción o práctica. La utilización de Testigos Anónimos en el Proceso Penal salvadoreño es el ejemplo más evidente de esto.

Los testigos desempeñan un papel esencial en el enjuiciamiento de los delincuentes, porque de su cooperación con las autoridades suele depender el éxito de las actuaciones penales.

Si bien algunos testigos son personas inocentes que relatan lo que vieron durante una investigación o juicio, otros son delincuentes que testifican contra otros acusados a cambio de una sentencia más benévola. Más allá de quiénes son y por qué cooperan, los testigos son vulnerables a la intimidación y las represalias.

La protección de los testigos es una cuestión amplia que requiere una variedad de respuestas, incluida la asistencia a las víctimas y los testigos, la seguridad en los tribunales, la protección en el corto plazo y los programas de protección de testigos.

Apoyar y proteger a los testigos es una tarea de particular importancia en los casos relacionados con la delincuencia organizada, en los que resulta difícil identificar y enjuiciar a los delincuentes y en los que las personas que participan de las actuaciones penales suelen recibir amenazas.

No obstante, el conflicto de intereses y derechos que emanan de la forma como el Estado salvadoreño protege a los testigos en los procesos penales deja en claro que la actividad Estatal va más allá de la protección, pues atropella

garantías constitucionales básicas, garantías sin las cuales el imputado se encuentra desarmado ante el ataque del poder punitivo.

El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos y el derecho de defensa. De lo que se trata es de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho de defensa, a fin de establecer cuándo, a propósito de la protección de la víctima o el testigo, habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima. Y el límite parece estar en la posibilidad del contra interrogatorio del testigo protegido. Admitiendo incluso la posibilidad de que la intensidad de la protección alcance a la identidad del testigo, lo que correspondería sería revisar la valoración que de esa prueba efectúan los jueces del juicio, en directa proporción a la mayor o menor posibilidad de contra interrogar que ha tenido la defensa. Hemos abordado la investigación de estos temas desde una perspectiva Doctrinal y práctica, centrándonos en un análisis pormenorizado de la Jurisprudencia internacional y comparada.

Capitulo 1: denominado "DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA", tiene como finalidad esclarecer como las garantías procesales mínimas aparecieron en el plano jurídico, pasando por los distintos modelos procesales, acentuando el desarrollo y evolución de la doctrina relativa a dos asuntos importantes: el debido proceso y el derecho de defensa. En este capitulo se trata de esquematizar el avance que la sociedad moderna ha experimentado en lo relativo a las garantías de los procesados, la producción de la prueba, y el desarrollo de los juicios criminales.

Capitulo 2: denominado "CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA",

consiste en un análisis a la luz de los doctrinarios y expertos en derecho procesal penal y criminología de todas las implicaciones que conlleva la búsqueda de un proceso justo y garantista. Es acá donde se exponen los planteamientos teóricos relativos al alcance de los conceptos de debido proceso y derecho de defensa. Se plantean todos los tópicos que se deben tener en cuenta cuando se implementa un programa de protección de testigos, las garantías en juego, la naturaleza del derecho probatorio, las iniciativas y exposiciones propias de la comunidad jurídica encaminadas a evitar un atropello los derechos. En este importante capitulo se puntualizan las violaciones que a nuestro juicio se comenten al utilizar testigos anónimos en el proceso penal, la ausencia de credibilidad del testigo, la falta de contradicción, la imposibilidad de carear al testigo, y por ultimo la ineficacia probatoria del testimonio secreto.

Capitulo 3: "ANÁLISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO", considera la parte legal de la investigación; en este capitulo no se hacen consideraciones fuera de las normas vigentes. Se analiza la figura del testigo anónimo y las garantías procesales desde la óptica de los cuerpos legales mas importantes, realizando dicho análisis en orden jerárquico; primero la constitución de la republica, los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional, el código procesal penal, y por ultimo la recientemente aprobada ley de protección a victimas y testigos. Se hace uso además de la legislación y la jurisprudencia comparara, para acentuar la necesidad de racionalizar las medidas de protección y de adecuar la legislación interna al derecho internacional.

Capitulo 4: "RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO", en el cual se resume las actividades realizadas en el estudio exploratorio de información vital para la investigación, haciendo uso de los métodos y técnicas con anterioridad fijados en el anteproyecto. La investigación de campo fue realizada por medio de método de investigación

denominado muestreo selectivo de informantes claves, con la utilización de la de la técnica de entrevista estructurada o dirigida y cuyo instrumento lo constituyó la cedula de entrevista. Estas fueron dirigidas, a los sujetos intervinientes en el Sistema de Justicia Penal: Fiscales, Jueces y Defensores, de la zona metropolitana de San Salvador

Capitulo 5: “Conclusiones y recomendaciones”, los resultados finales y conclusiones de la investigación”.

“La justicia no consiste en dar a todos por igual, sino a cada uno lo que merece.”

Anónimo

CAPITULO 1

"DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA"

1.1 APARICION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD.

Las Garantías Individuales no tuvieron un nacimiento espontáneo en la historia de la humanidad, fueron producto de luchas llevadas hasta su última consecuencia con el fin de limitar el poder punitivo del Estado. Su aparición fue progresiva y resulto de un largo periodo de aportes de todos los sectores para convertirse en lo que hoy significan para el Derecho.

El Derecho Procesal Penal, como última esfera de protección del individuo es quizá la rama del Derecho que mas ha aportado a la categoría de las Garantías Individuales.

El Proceso Penal hace posible la actuación del ordenamiento Jurídico que tienen por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Así mismo surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva se sitúa, no como un instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la aplicación de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia.

Las garantías individuales no han sido históricamente, siempre las mismas. Lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justas.

Por ello y frente a la interrogante actual relativa a la posición del sujeto ante tales estructuras, se opone la respuesta pasada de la ubicación de ese mismo sujeto frente a su deseo de lograr un auténtico enjuiciamiento en justicia. De ahí que, la necesidad de ofertar esa respuesta para conocer aún mejor nuestro actual ordenamiento procesal, obliga a acudir a la historia.

Históricamente una primea concepción que posibilito un sistema de garantías minimamente aceptables para los sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, se sustento en la convicción, que entre las partes afectadas existían derechos y obligaciones, cuya fuente era un contrato existente entre ellas.

Según este contrato, el enjuiciamiento de los derechos en conflicto implicaba una autentica base contractual, que obligaba a aceptar la decisión judicial.

En tal sentido, la necesidad de aceptar la decisión de jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano fue la base del contrato procesal de la *litis contestatio*. Esta se concertaba y se refrenda por el magistrado, el cual con el *dare actionem* concedía la garantía de la jurisdicción. La concepción romana de las garantías, que ofrecía el proceso, fue elaborada en la edad media y domino el panorama doctrinal hasta mediados del siglo XIX.

Pero su error radico en considerar que entre quienes desean un determinado enjuiciamiento en justicia existía un verdadero acuerdo de voluntades. No era así, ya que es común que no se acudiera a ese enjuiciamiento libremente (sin previo acuerdo), pues si así fuera, la solución seria arbitral.

Para superar los inconvenientes de la litis contestatio se acude a la figura del cuasicontrato, que no requiere un previo acuerdo de voluntades. Pero el logro de un enjuiciamiento en justicia como un sistema de garantías, tampoco ahora es satisfactoriamente explicado, porque se le ha de reprochar la aspiración de configurarlo como una institución de derecho privado de corte

romanista, o sea, en un momento de transición entre la justicia privada y la pública.

Frente a las orientaciones de cuño privado (sistema de garantías particulares), surge una forma de ofertar un sistema de garantías, esta vez ya público. Tal sistema implica que las garantías entre las partes intervinientes en el enjuiciamiento en justicia se encuentran sustentadas en la existencia de una relación jurídico-procesal, con derechos y obligaciones recíprocas.

Lo fundamental era que esa relación apareciera como distinta de la relación jurídico material preexistente. Es la relación jurídico-procesal, de marcado carácter público debido a la intervención de un sujeto: el órgano jurisdiccional, juez o tribunal –puesto por el Estado- que ha de impartir justicia.

Surge así históricamente la dicotomía entre proceso y procedimiento, pero como categorías jurídicas tan sólo públicas. Más allá, la distinción en modo alguno existía.

Lo cierto es que ya el proceso, ya el procedimiento, servían de base a un sistema de garantías eminentemente públicas, que hizo posible descomponer los elementos de la relación: sujetos, objeto y actividad.

Pero el logro de un autentico sistema de garantías públicas estaba aun lejos de alcanzarse, ya que es necesario señalar que, aunque efectivamente existen derechos y obligaciones propios de la relación jurídica pública, no todos son procesales.

Este esbozo general de la concepción histórico de las garantías sirve para generarnos una idea de cómo fue la evolución de estas figuras jurídicas y ahora mencionaremos como las Garantías Individuales se concretizan a través de principios que resultan indispensables para hablar ciertamente de Derecho Procesal Penal, en este capitulo estudiaremos los dos principios más importantes y, sobre los cuales especificaremos su desarrollo histórico son: El Principio del Debido Proceso y el Principio de Inviolabilidad de la Defensa.

1.2 EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DEBIDO PROCESO.

1.2.1. ORIGEN

El denominado principio del debido proceso de ley (Due Process of Law), en cuanto su origen, debe ser enmarcado en conjunto dentro del liberalismo o ideología política democrático-burguesa, en la cual el constitucionalismo es uno de sus aspectos doctrinales esenciales, fruto de las grandes revoluciones burguesas que, como expresión del rechazo al absolutismo monárquico y freno a los abusos y arbitrariedades del antiguo régimen, concibe la ley, y especialmente la constitución, como instrumentos que establecen, organizan y estructuran los poderes del Estado, sus limites, y los derechos individuales y fundamentales de los ciudadanos; como el mejor freno a los excesos y abusos de los gobernantes sobre gobernados.

El constitucionalismo es el fruto de esas revoluciones burguesas de los siglos XVII, XVIII y XIX, como son: La Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Revolución de Independencia de los Estados Unidos de América, y la Revolución de Independencia de las Naciones Iberoamericanas del Siglo XIX.

El Debido Proceso de Ley (Due Process of Law), aún fruto de ese nuevo orden político y jurídico, es propio del sistema de Derecho Anglo-Sajón (Common Law).

Existe el acuerdo que el origen del concepto mas no de la definición del debido proceso (*due processs of law*) se encuentra en la Carta Magna, que fue expedida en Inglaterra en 1215 por el rey Juan, esta carta reconoció derechos feudales, carta que constaba de 63 capítulos. En el Capitulo 39 de dicha Carta que estaba redactada en latín idioma oficial, el Rey Juan prometió “que ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o

exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra el, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra".

Al fallecer el rey Juan el nuevo Rey Enrique III reafirmo la carta en 1216, posteriormente se da la reexpedición de la carta en 1225, también en el reinado de Enrique III, el documento es reducido de 63 a 37 capítulos y la cláusula que trataba sobre el debido proceso pasa del capitulo 39 al 29, doce años después el documento es denominado Carta Magna por primera vez.

En el año de 1354 la carta es espedida por primera vez en el idioma ingles por el Rey Eduardo III, y es como aparece por primera vez la expresión *due Procces of law,* expresión conocida y traducida al español como el debido proceso legal o simplemente como el debido proceso.

Posteriormente también en Inglaterra, la cláusula de *due Procces of law* aparece consagrada en *the Petition of Right* de 1627, elaborada por le distinguido jurista EDWARD COKE, y el *Habeas Corques Act* de 1640.

1.2.2 EVOLUCIÓN

La evolución de esta institución que tiene su consagración original en la Carta Magna continúa hasta su posterior incorporación a constituciones contemporáneas.

El catedrático español Pérez Luño señalo "la historia del proceso de positivización de los derechos fundamentales comienza en la edad media"[1], como ya hemos mencionado la Carta Magna es la de mayor trascendencia puesto que se consagran derechos otorgados a nobles en virtud de un pacto con el Rey, Carta que es considerada como el fundamento de las libertades de los británicos.

[1] Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Edit tecnos 1984, se ocupa de la evolución "diacrónica" de los derechos humanos en las Págs. 108 a 130.

Cabe señalar que los derechos fundamentales otorgados en la Carta Magna fueron reconocidos de forma contractual y particular, dado que se otorgaron como titulares de esos derechos a solo cierto estamento (la nobleza).

La evolución posterior sostiene Pérez Luño "supuso un transito progresivo del ámbito privatístico al del derecho público. Esto se produce a medida que se disuelve el sistema estamental propio del feudalismo y van surgiendo con los parlamentos, instituciones representativas del *consensus* del país y en los que las antiguas clases van perdiendo fuerza. Las declaraciones de los derechos no serán a partir de entonces el producto de un pacto contractual entre miembros de diversos estamentos para conciliar sus intereses, sino el resultado de una paulatina centralización de las fuerzas políticas, se verán en ellos la expresión, por medio de una ley general que se impone también al príncipe, del principio conquistado de la soberanía popular"[2].

Con la aparición del constitucionalismo la garantía del debido proceso es reconocida como un derecho fundamental, que es consagrado en un documento de derecho publico, y cuya titularidad no se restringe a los miembros de un estamento, sino mas bien se presenta como un derecho de todos los ciudadanos parte de un Estado o de todos los hombres.

Producto de la independencia de los Estados Unidos de Norte América de Gran Bretaña en 1776 encuentra lugar en textos constitucionales la garantía del debido proceso. Algunas constituciones estatales que siguieron a la declaración de independencia del 4 de julio, como la de Pennsylvania de agosto de 1777, Maryland y Carolina del Norte (noviembre y diciembre de 1776) pero ninguna de estas consagra la expresión británica de *due process of law.*

La Constitución Federal Norteamericana de 1787 no contenía este derecho. Sin embargo, en la primavera de 1789 Madison introdujo en el primer congreso, una enmienda a la Constitución federal que después se convertiría

[2] Pérez Luño, op. Cit., Pág. 113.

en la quinta enmienda: (ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal). Posteriormente, la expresión due process of law fue incorporada en la sección I de la enmienda catorce de la Constitución[3].

Con posterioridad a la Constitución federal de los de los Estados Unidos donde esta garantía estaba prevista con diversas designaciones, lenguajes y redacciones, fue plasmada en una gran parte de Constituciones Europeas[4] y de Latinoamérica[5].

Al respecto basta señalar que, ya de modo directo o ya indirecto, todas las Constituciones políticas consagran el principio del debido proceso, del mismo modo que en los convenios o acuerdos internacionales que vinculan, si no a todos, a la mayoría de los Estados, y particularmente a aquellos firmados y ratificados dentro del marco de las Naciones Unidas (ONU).

En el plano mundial pueden citarse el Art. 10 de la Declaración Universal del los derechos del hombre y el Art. 14, del pacto internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado por las naciones unidas. La primera de estas normas tiene el siguiente texto: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En cuanto al continente americano se refiere puede mencionarse la con Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José Costa Rica en 1969.

Así, vamos a citar la Convención Europea de los Derechos Humanos, entre los Estados que integran la Comunidad Europea (CE), y la Convención

[3] Laurence H. Tribe, American Constitucional Law, New Cork, 1978, pags. 886 a 990.
[4] Mauro Cappeletti y William Come, Comparative constitucional Law, New Cork, 1979.
[5] Héctor Fix-Zamudio, constitución y proceso civil en Latinoamérica México, UNAM, 1975

Interamericana de los Derechos Humanos, entre los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA); pero más allá de toda formulación legislativa del principio, su vigencia trasciende, puesto que se trata de un principio general, un valor jurídico que dentro del ordenamiento está por encima de la Constitución y demás leyes, y en el que subyace todo ordenamiento.

1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS SISTEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS.

La evolución histórica de la Inviolabilidad del Derecho de Defensa, se encuentra íntimamente ligada, a las diversas formas de enjuiciamiento de las personas que infringen la norma penal que han existido a lo largo de la historia de la humanidad; se encuentra vinculado a lo que la Doctrina Procesal Penal ha denominado como los Sistemas Procesales Penales o Sistemas de Enjuiciamiento Penal.

Establecido lo anterior, es necesario hacer notar, que una exposición detallada de dicha evolución, excede los fines del presente trabajo, razón por la cual únicamente se realizará un esbozo general de dicho desarrollo, el cual tendrá como método de exposición, siguiendo a lo afirmado por Maier "la presentación de los principales sistemas de realización penal que el hombre ha concebido conforme a sus necesidades políticas"[6],.

1.3.1 GRECIA ANTIGUA: LA DEFENSA INDIVIDUAL

En el Derecho Griego, se fundamenta en distinguir dentro de las infracciones penales, las de carácter público, que son las que lesionan un

[6] Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal Argentino", Tomo 1 [B], Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 22.

interés comunitario y las de carácter privado, que únicamente lesionan intereses particulares, estableciendo para cada una de ellas, procedimientos distintos, así, en el caso de las infracciones penales privadas, se "seguía el mismo procedimiento de las disputas estrictamente civiles (patrimoniales, familia, etc.)"[7] de ahí que su persecución estaba reservada únicamente al ofendido o sus sustitutos, quienes podían ser el padre, el tutor, o el amo; mientras, que en las infracciones penales públicas, se seguía un procedimiento establecido para ellas, dentro del cual, se disponía, la Acusación Popular, es decir "la facultad de cualquier ciudadano de perseguir penalmente al infractor".

El ciudadano acusador, tenía bajo su responsabilidad realizar la actividad necesaria para reunir los elementos de cargo que presentaría en el debate, la cual incluía que en caso de que el acusado fuera condenado recibiría una parte de los bienes que se le confiscaran a este, pero si era absuelto se procedía inmediatamente al examen de su comportamiento, a fin de establecer si su derecho de acusar era fundado, lo cual se acreditaba por medio del voto de los jueces del tribunal se necesitaba el voto favorable de la quinta parte de sus miembros para considerar fundada la acusación-, de lo contrario era sujeto de graves penas.

En relación al procedimiento para el juzgamiento de las infracciones penales públicas, con el procedimiento común se tramitaban todos los delitos, a excepción de los reservados para los otros tribunales; este procedimiento se iniciaba a través de la Acusación, presentada ante un Arconte[8], quien luego de juzgar su seriedad y formalidad conforme a los elementos de prueba que en ella se citaban, la admitía luego de lo cual tomaba juramento al ciudadano acusador y recibía una caución, con lo cual se aseguraba que no abandonaría el

---

[7] 2 González Alvarez, Daniel, 'Los Diversos Sistemas Procesales Penales, Principios y Ventajas del Sistema

[8] Magistrado a quien se confió el gobierno de Atenas a la muerte del rey Codro. || **2.** Cada uno de los nueve que posteriormente se crearon con el mismo fin.
Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

procedimiento hasta la decisión del tribunal, a continuación designaba el tribunal competente y convocaba a quienes debían constituirlo para el día del juicio público. Como puede observarse, la Acusación se constituía en “la primera garantía del imputado, quien no puede ser llevado a juicio sino en virtud de una imputación formal y pública que genere la responsabilidad de quien la hace” La Asamblea del Pueblo dejaba de lado las formas y las garantías del procedimiento común, en aras de la importancia política del problema y el Areópago[9] sesionaba de noche y con formas misteriosas que impresionaban al pueblo, restringiendo los debates a los hechos y votando en secreto.

El día señalado para el juicio, los ciudadanos se reunían, realizándose este de forma oral y pública, se iniciaba con la lectura de la Acusación y de todas las piezas que la avalaban; a continuación el ciudadano acusador desarrollaba sus cargos a medida que interrogaba a sus testigos; luego, el acusado o su patrocinante hacían la defensa, pudiendo presentar también testigos, y le sucedía el debate alegatos entre acusador y acusado, luego de lo cual los jueces eran convocados a juzgar, sin deliberar, a través de echar en una urna habas blancas o negras que eran contadas por el presidente del tribunal para proclamar el resultado. La sentencia era dictada por mayoría simple de votos y en caso de empate el acusado era absuelto, siendo esta decisión no impugnable, por representar la soberanía del pueblo.

El enjuiciamiento procesal penal griego, se caracterizó, por garantizar en la etapa del juicio una igualdad entre acusador y acusado, Lo cual permitía que este último pudiera ejercer contra la Acusación, su derecho de defensa, ante un tribunal que se encontraba en una posición pasiva, es decir de arbitro en una lucha leal y honorable entre las partes.

[9] Tribunal superior de la antigua Atenas

Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Una de las características básicas en esta etapa, fue que el acusado debía comparecer él mismo a defenderse; pero podía hacer elaborar el informe de defensa por medio de otra persona. Posteriormente llegó a ser costumbre hacerse representar por terceros.

1.3.2 EL DERECHO ROMANO: LA DEFENSA DE LOS PATRONES Y ADVOCATIS.

El derecho Procesal Penal romano, expresa de una forma más definida que el ateniense, su estrecha vinculación con el régimen político imperante, pues refleja su evolución, de conformidad a las transformaciones de las instituciones políticas de la sociedad romana: la Monarquía, La República y El Imperio; es así que los sistemas de enjuiciamiento penal evolucionan al compás de tales organizaciones políticas, pero el cambio de un sistema a otro no sucedía repentinamente, sino por el contrario operaba gradualmente, penetrando el antiguo sistema a las instituciones posteriores y adquiriendo el nuevo sistema, al comienzo, carácter de excepción frente al anterior.

El sistema de enjuiciamiento penal romano, conocido como accusatio, quaestio o iudicium publicum, se estableció en el último siglo de la República (VII de la era romana) y en términos generales, como expresa Vélez Mariconde implicaba que la justicia era administrada por un jurado popular; a base de una acusación de cualquier ciudadano y por medio de un procedimiento oral, público y contradictorio[10]. Como se ha dicho, la función de administrar justicia estaba confiada, a un jurado popular -iudices jurati- presidido por un magistrado, que según unos autores era también llamado quaesitor aunque otros señalan que tal magistrado era el pretor, quien podía delegar en uno de los jurados llamado quaesitor, la dirección del collegium, invistiéndolo del imperium necesario; en

[10] Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 34.

todo caso, tal funcionario era el órgano público encargado de convocar y organizar al jurado, el cual se componía de un número variable de miembros, elegidos en sus inicios de los senadores, pero con posterioridad adquieren ese derecho los caballeros y los tribunos del tesoro.

En cuanto al ejercicio de la Acción Penal, al igual que en Grecia, cualquier ciudadano, que gozara de plenos derechos civiles y políticos, podía representar a la comunidad romana y por consiguiente tenía el derecho de acusar, exceptuándose los magistrados, en razón del cargo desempeñado, las mujeres, los menores y el hijo de familia, en razón de depender del pater familias y las personas que por sus antecedentes no ofrezcan garantías suficientes de honorabilidad.

En relación al procedimiento, este se inicia por la Acusación, en la cual se designaba la acción que se intentaba y la persona imputada, dirigida ante el quaesitor, quien debía examinarla y en caso de no existir obstáculo alguno, admitirla; luego de ello, el Acusador presta juramento de sostenerla hasta la decisión final y formula la llamada nominis delatio, es decir, la verdadera querella, en donde designa al acusado y expone los fundamentos fácticos y jurídicos que afirman la pretensión deducida; a continuación, el magistrado inscribe la Acusación en el registro del Tribunal e inviste o comisiona al Acusador, de la potestad necesaria para investigar el hecho, en virtud de lo cual, cuenta con facultad para realizar inspecciones, secuestros, y citar e interrogar a los testigos que estime relevantes, en virtud de lo cual la carga de la prueba recaía en su persona.

Tal como lo afirma Maier ‘El carácter público (para el acusado) o secreto de esta investigación, es decir, la posibilidad de que el acusado siguiera al acusador controlando efectivamente la prueba de la que este último se iba a

valer en el debate, no puede afirmarse con seguridad, pues ha sido objeto de controversia"[11].

El debate, se realizaba en forma oral, pública y contradictoria, presidido por el quaesitor; en los primeros tiempos, el juicio comenzaba por los alegatos del acusador, quien refería los hechos atribuidos, siguiendo la palabra del acusado o su defensor y luego la recepción de la prueba; pero con posterioridad se invirtió este orden, dando lugar a que la prueba fuera vertida antes de los alegatos. Una vez recibida la prueba, el magistrado ordenaba que se procediese a dictar sentencia, lo cual se efectuaba por medio de tablas, en donde se establecía la absolución, la condena o una más amplia información -ampliatio-, siendo necesario para condenar a un acusado la mayoría simple, y en caso de empate, el acusado era absuelto.

Como puede observarse, el acusado, era considerado una parte del litigio, y como tal colocado, en igualdad con el acusador, permitiéndose la defensa personal, pero además apareciendo al lado del reo, la figura de una patronus o abogado que aquel podía elegir, para que se hiciera cargo de su defensa, de ahí que esta se transforme en un instrumento de garantía individual.

Los defensores siguieron llamándose patrones, aún después que la institución el patrono ya no tenia que ver con los procedimientos criminales. La defensa no era obligatoria, pero la costumbre era hacerse defender por un patrón. En al época del imperio, los defensores dejaron de llamarse patrones, y se les denomino "advocati". Estos llegaron a constituir una profesión especial, que gozaba de privilegios. Además, de entre los "advocati" se elegía muchas veces a los magistrados y otros altos funcionarios del Estado. En el Digesto, la defensa es regulada en el primer libro, titulo tres de postulando y titulo tres de procuratoribus et defensoribus. Los defensores en la Roma Imperial tuvieron las

[11] Maier, Juho B.J., ob. cit., p. 42.

más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que impusieron limitaciones propias de un sistema autoritario: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resulto ilusoria en la práctica, sobre todo en la fase de instrucción del proceso.

1.3.3 EL DERECHO GERMANO ANTIGUO: EL FÜRSPRECH.

El derecho germano antiguo, se distingue de los ordenamientos procesales penales de otros pueblos de la antigüedad, tal como lo afirma Maier por el "tipo acusatorio privado de su sistema de enjuiciamiento"[12] y por la subjetividad probatoria que lo regía, es decir, por ser un "procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes por signos exteriores que la revelen directamente".

El Derecho Germano antiguo, evolucionó en dos períodos históricos, denominados: Período Franco y de la Alta Edad Media, en donde en rasgos generales se consolido el sistema de enjuiciamiento penal esbozado, con algunas variantes. En el período franco, la paz de la comunidad, es sustituida por la paz del rey, en virtud de la monarquía imperante, y es éste, quien como Juez preside el tribunal popular, integrado por siete funcionarios más, se admite excepcionalmente un procedimiento de persecución oficial y se admiten como Medios de Pruebas las Ordalías o Juicios de Dios en donde la divinidad se pronuncia por la verdad. En el período de la Alta Edad Medía, como carácter principal, se impone la necesidad de un patrocinante para las partes, en virtud del formalismo exagerado de los actos y el valor de las palabras, quien hablaba por ellas en su presencia; comienza a considerarse la prueba como forma de

[12] Ver: Vélez Mariconde, ob. cit., p. 31 y 32, citado por Maier. 19 Maier, Julio B.J., ob. cit., p. 23.

reconstruir el hecho en discusión y se configura la impugnación como medio de censura a la resolución del juez.

La defensa se desarrollo, esto debido al formalismo del procedimiento. Así, este requería determinadas declaraciones formales, llegando a ser costumbre hacerse representar por un intercesor (fürsprech), que hacia para las partes las declaraciones requeridas. Esto reportaba ventajas, porque las declaraciones incorrectas del intercesor, podían enmendarse, mientras que las partes quedaban vinculadas irrevocablemente. Poco a poco el intercesor fue adquiriendo, en los procesos penales, la posición de defensor.

1.3.4 EL SISTEMA INGLÉS.

Durante la edad media y la modernidad, el sistema procesal penal Inglés evolucionó sin receptar el sistema inquisitivo canónico, cuidando en cambio de salvaguardar las libertades ciudadanas básicas. En Inglaterra, cierta tendencia democrática de organización social, se reflejó en las instituciones jurídicas procesales, a través del fortalecimiento del modelo acusatorio, en el cual, para la gran mayoría de los delitos, el juez no puede actuar de oficio, si no sólo sí media una acusación particular. Corresponde a ese ciudadano particular, no sólo iniciar el proceso, sino mantener la acción durante todo su curso. La labor de reunir pruebas queda, sin embargo, a cargo de funcionarios públicos, dependientes de la Corona y de jueces de paz. Existe además, un jurado popular, que ejerce una función contralora respecto de las acusaciones, sea para no permitir que prosperen aquellas carentes de fundamento o para frenar aquellas otras demasiado temerarias. El juicio propiamente dicho se rige por los principios característicos del régimen acusatorio: oralidad, publicidad y contradicción entre las partes.

Es por ello que el sistema acusatorio inglés cobró enorme auge durante el siglo XVIII, donde el iluminismo se encargó de resaltar sus virtudes frente al sistema inquisitivo decadente que imperaba en Europa Continental; sus principales rasgos se incorporan, casi en su totalidad, al primer sistema procesal que adopta la Revolución Francesa y, posteriormente, sobreviven dichos rasgos en el Código de Instrucción Criminal de 1808 que, es el cuerpo legal que plasma el sistema mixto clásico y por esta vía, en los sistemas procesales latinoamericanos

1.3.5 EL SISTEMA MIXTO CLÁSICO: LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

El Sistema Mixto Clásico, como forma de procedimiento penal, surge en Francia, como resultado de una profunda transformación política y social, la Revolución Francesa (1789); en tal transformación influye fuertemente el pensamiento del iluminismo, representado por figuras como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Beccaria, quienes criticaron el sistema inquisitorial de enjuiciamiento penal, la tortura, la anulación de la defensa, los abusos dentro del proceso y en el sistema penitenciario, por ser una expresión del poder absolutista de los monarcas, propugnando la implantación de un régimen democrático republicano que sustituyera las monarquías absolutistas, y en el plano procesal penal, retornando al Sistema Acusatorio para rescatar sus principios más significativos.

Al producirse la Revolución Francesa en 1789, el régimen adoptó, casi por completo, el sistema de enjuiciamiento inglés, de corte acusatorio, pues tal como se ha dicho, no fue influido por la inquisición. Tal recepción en Francia, duro poco tiempo, en virtud de las condiciones históricas y sociales de Francia, apareciendo entonces como regulación del sistema de enjuiciamiento penal, la

Codificación Francesa, materializada en el Código de Instrucción Criminal, sancionado en la era de Napoleón Bonaparte y que estableció el Sistema Procesal Mixto Clásico, como forma de enjuiciamiento penal.

A nivel del procedimiento, el Sistema Procesal Mixto Clásico contempló una primera fase de instrucción de naturaleza inquisitiva, escrita y en secreto, dirigida por un Juez, protagonista principal y ante quien actúa el representante del Ministerio Público. Un procedimiento intermedio, en el cual los resultados de la instrucción eran sometidos a la Cámara de Consejo donde se discutía la acusación penal, dándola por agotada y se clausuraba el proceso si no había elementos de prueba suficientes, o bien, remitiéndola a la Cámara de Acusación, si las pruebas eran suficientes.

El juicio era regido por la oralidad, publicidad y contradicción, en donde se le intimaba al imputado con claridad el hecho que se le atribuía, se le daba amplia oportunidad de defensa, pudiendo nombrar defensor de su confianza o por el contrario se le designaba uno de oficio, y el jurado emitía el fallo por emisión de votos y mayoría simple. Fue en esta etapa de la historia que el panorama cambio, pues una de las primeras reformas que introdujo la Asamblea Constituyente fue abolir la prohibición de defensor, y desde entonces afirmó para siempre el principio de que no es posible negar a los acusado la asistencia de un defensor

En cuanto a la prueba, este sistema mantuvo la prueba tasada o legal predeterminada, así como el régimen de la libre convicción o íntima convicción, predominando esta última, pues tanto los jurados como los jueces técnicos, deben juzgar según su intima convicción, con la diferencia de que estos últimos deben motivar sus sentencias.

Sin embargo, el Código Napoleónico de 1808 que instituyó el sistema mixto, desvirtuó los ideales revolucionarios, pues estableció una instrucción absolutamente secreta, donde el defensor tenia muy poco o nada que hacer. Desde entonces se discute, si la instrucción debe ser secreta o limitadamente

pública, y si la defensa debe ser obligatoria desde el primer momento del procedimiento.

1.3.6 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL SALVADOR.

El abordaje de la evolución histórica del derecho de defensa, en el ordenamiento jurídico procesal penal de El Salvador, se analizará desde el momento en que este adquiere su calidad de Estado, es decir a partir de su independencia del Reino de España en 1821, enfocándose el análisis en la legislación fundamental que reguló tal derecho, de ahí que se abordará su evolución a nivel constitucional.

1.3.6.1 LAS CONSTITUCIONES.

Se hará un análisis constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa, desde las Constituciones de la República Federal de Centro-América, de la cual formó parte El Salvador.

Cabe señalar que son tres los momentos en los cuales existió una unión política y administrativa entre todas o algunas de las naciones de Centro América, reflejados en la existencia de ordenamientos jurídicos Constitucionales rectores de su organización estatal, forma de gobierno y régimen de garantías individuales. Es así, que en 1824, se establece la primera nación centroamericana, al promulgar el 22 de noviembre la Constitución de la República Federal de Centroamérica, integrada por los cinco países que participaron en la gesta independentista de España: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

En este ordenamiento jurídico se establece en el Titulo X, las ‘Garantías de la Libertad Individual”, no existiendo en la redacción del mismo una

referencia directa o expresa a la consagración del derecho de defensa, pero no obstante ello, algunos de sus artículos vagamente se refieren a algunas de las manifestaciones de este derecho o a los principios vinculados con el mismo; es así que los Arts. 153 y 155 disponen lo que en la actualidad se conoce como el Principio de Legalidad, pues establecen que 'Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna, estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinen las leyes' y que "Nadie puede ser preso sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla", por su parte el Art. 164 disponía que los reos tiene derecho a comunicarse con cualquier persona, siempre que no exista orden judicial que lo prohíba, apareciendo entonces el derecho a la comunicación, como manifestación del derecho defensa.

La Segunda Constitución que refleja la unidad política y administrativa a la que nos referimos, fue promulgada en Managua, Nicaragua, el 27 de agosto de 1898, estableciendo la República Federal de "ESTADOS UNIDOS DE CENTRO AMERICA". En este cuerpo legal, al igual que en el anterior, no se regula de forma expresa el derecho de defensa a favor de los habitantes de la República, pero no obstante ello, en el Titulo III "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales", se produce una evolución en cuanto a la consagración de garantías individuales que hace la Constitución de 1824, pues además de regular el Principio de Legalidad (Art. 28 y 29), establece el principio de igualdad ante la ley (Art. 33), de irretroactividad, salvo en materia penal, cuando favorezca al delincuente (Art. 34), el conocido en la actualidad como nebis in idem o prohibición de la persecución penal múltiple (Art. 27), el derecho de petición (Art. 23), y el conocido como Derecho de Audiencia (Art. 27), que como se vera más adelante es el genero, de la especie derecho de defensa, aunado a ello, dispone en su Art. 42 que los derechos señalados no excluyen otros que nazcan del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno que adopta.

Luego de la constitución anterior, es hasta 1921, que se produce un nuevo movimiento integracionista, que lleva a promulgar el 9 de septiembre de ese año, la Constitución Política de la República de Centroamérica por los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras, cuerpo legal que en su Titulo IV “De los Derechos y Garantías”, dispone de forma expresa la vigencia del derecho de defensa como garantía individual, al decir en su Art. 32 “La Constitución garantiza a los habitantes de la República,.., el derecho de defensa”, estableciendo además en el Art. 50, la prohibición de ser obligado a declarar en contra de sí mismo, su cónyuge, ascendientes, descendientes, ni parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo cual relacionado con el Art. 52 que dispone la declaración indagatoria, deja entrever el aspecto Material del derecho de defensa, pues al tenerse que interrogar al imputado dentro del período de cuarenta y ocho horas de su detención, sin poder obligarlo a declarar en contra de si mismo, no se deduce otra cosa que tal diligencia funciona en el sentido de promover el ejercicio del derecho de defensa material por parte del imputado.

Una vez analizadas las Constituciones de carácter regional o federal que a lo largo de la historia han estado vigentes en El Salvador, es necesario abordar la regulación Constitucional propia de este país, al respecto debe señalarse que han existido a lo largo de su vida independiente 14 Constituciones: 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y 1983 Tan abundante material Constitucional, ha oscilado de lo conservador a lo liberal, según el vaivén político imperante al momento de su promulgación, es por ello que algunas reconocen una gran amplitud de derechos individuales a los habitantes de la República, mientras otras reducen ese catalogo a los derechos más fundamentales.

Desde esa perspectiva, la Constitución de 1824 es bastante escueta, al establecer derechos y garantías para los habitantes de la República, pues carece de un apartado para desarrollar los mismos y además sólo en su Art. 62,

hace referencia a lo que se podría llamar garantías, al establecer que “Ningún Salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual deba ser castigado; y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordene la prisión”, tal formulación de la norma fundamental, refleja lo que podría considerarse como una incipiente regulación del Principio de Legalidad del Procedimiento y de la Pena.

Por su parte, la Constitución de 1841 de corte liberal, regula de forma pormenorizada los derechos y garantías que reconoce, pues su Titulo 16 “Declaración de los Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo y de los Salvadoreños en particular”, se refiere a ellos, es así que en primer lugar algunas de las Constituciones señaladas, fueron concebidas para darle vigencia a Constituciones ya derogadas y reformarlas para adaptarlas a las nuevas realidades del país, es así que la Constitución de 1872 es una reforma de la de 1871; la de 1944 establece reformas a la de 1939; y la de 1945 le da vigencia a la de 1886 con algunas reformas, la Constitución de 1824, promulgada el 12 de junio de ese año reconoce en su Art. 68 que el derecho a conservar y defender la vida y la libertad, por parte de los ciudadanos es innegable; agregando que “Ninguna persona puede ser privada de... su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo á las formulas que establecen las leyes” (Art. 74) disposición que se refiere al Derecho General de Audiencia y como consecuencia en causas criminales, al Derecho de Defensa; pero no le basto al legislador constituyente de esa época, hacer esa declaración, sino que en el Art. 87 reguló el derecho a abstenerse a declarar, a la contradicción y aportación de prueba de descargo, y a la defensa material y técnica, al estipular que “Ningún ciudadano ó habitante podrá ser llevado á dar testimonio en materias criminales contra sí mismo ni contra sus parientes del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y en todo proceso criminal tendrá el derecho de producir cuantas pruebas le sean favorables, de ser careado con los testigos cuando lo pida, y de hacer su defensa por sí mismo, ó por medio de su

abogado, ó defensor"; y aún más, regula al igual que la anterior, el Principio de Legalidad (Art. 80).

En idénticos términos se refieren las Constituciones de 1864 y 1871 a los derechos antes señalados (Arts. 77, 86, y 92), pero agrega la primera una declaración concordante con la teoría del Derecho Natural imperante en la época, al establecer en su Art. 76 que "El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas", disposición reproducida en el Art. 98 de la Constitución de 1871, la cual reconoce también el derecho de petición Art. 107 y el derecho de solicitar ante el Tribunal que corresponda el auto de exhibición de su persona Art. 115.

1.4 DEVENIR HISTORICO DEL SISTEMA DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES.

En el proceso penal la práctica de la prueba va encaminada a determinar la culpabilidad del imputado y su condena, en el caso en que quede acreditada su participación en los hechos constitutivos del delito enjuiciado, o bien su absolución, cuando no quede acreditada dicha participación. Para ello es necesario que el Juzgador haga una valoración de la prueba practicada, así como los mecanismos mediante los cuales fue obtenida, ya que estas deben de reunir las garantías procesales necesarias.

A lo largo de la historia se han marcado diferentes tendencias respecto al tema de la prueba penal, la mayoría de sus rasgos han respondido a los sistemas penales imperantes, y ha evolucionado al mismo ritmo que estos últimos.

1.4.1 GENERALIDADES

En todas las civilizaciones incluso en las menos adelantadas, existían ya ciertas nociones respecto de la prueba, que son los medios que tienen el acusador y el acusado para convencer al juez y a la vez darle los motivos a este para fundar la sentencia.

En todo tipo de prueba se ve la idea de la verdad formal y la verdad material, en la primera idea se tiene por verdadera una demostración que solo se apoya en motivos de forma; en el segundo el juez debe basar su convicción en los medios mas seguros para llegar a la verdad.

1.4.2 LA LEY GRIEGA, Y LA PRUEBA TESTIMONIAL

Entre los antiguos griegos, encontramos, por primera vez en la historia occidental, la transición de un sistema legal arcaico y comunal a otro mucho más complejo en donde el problema de la prueba y la distinción entre hombre libre y esclavo son particularmente relevantes.

En los primitivos conflictos legales se hacia poco uso de las pruebas y el delito no era visto como nada diferente del agravio personal; el resultado final de estos conflictos dependía de la posición social de los litigantes y de la opinión de los miembros más importantes de la comunidad.

En el siglo V a.C., en el marco de las ciudades-estado, "la ley" ya no es el resultado de un conjunto de enemistades o agravios personales. Los hombres van reconociendo paulatinamente que puede ser útil no regirse ya por este sistema, que hay que independizar la ley de criterios excesivamente personales, y que por tanto, hay que escribir la ley, establecer criterios claros de juicio, y favorecer que, en caso de desacuerdo, se presenten testimonios que declaren sobre los hechos. De esta manera, todos -los ciudadanos libres, por supuesto- se someten a la objetividad. Los ciudadanos, puesto que son

hombres libres con dignidad y honor, en caso de conflicto, declaran, pero no pueden ser sometidos a tortura.

La importancia del honor de un ciudadano dividía las pruebas en "pruebas naturales", que se obtenían fácilmente de la palabra del ciudadano, y "pruebas forzadas", que se conseguían de los que no tenían ningún status de honor o de ciudadanía discernible: los extranjeros, los esclavos, los que tenían ocupaciones vergonzosas o aquellos cuya deshonra era reconocida públicamente. (Los esclavos pueden ser torturados porque no tienen honor ni dignidad y, en consecuencia, no están supeditados por el deshonor en que incurre un ciudadano si comete perjurio. La fiabilidad de la palabra de un esclavo no proviene del honor y dignidad de éste -que no tiene-, sino de la reacción animal que el tormento despierta en él).

1.4.3 LA LEY ROMANA.

Las disposiciones de la ley romana acerca de la prueba en materia criminal demuestran que el sistema de procedimiento seguido en el tiempo de la Republica no existían ningún tipo de reglas especiales. Es esta época el pueblo reunido en comicios por centurias o por tribus era el que fallaba, y desde entonces no era posible una apreciación jurídica de las pruebas. Los jueces populares (*judices de las cuestiones perpetue*) seguían su sola convicción, y dado que no tenían cuentas que entregar podían prestar oídos a la voz de la compasión y de las influencias de tipo político. Pronto se pudieron hacer practicas ciertas formulas en las que conciernen al interrogatorio de los testigos, y a la fuerza probatoria de los documentos, pero aun se aceptaba el resultado de los tormentos como prueba formal. Pero en definitiva las leyes establecieron algunas prescripciones referentes a la materia cuando determinaban que personas estaban excluidas y que otras se admitían a dar testimonio acerca de

tal o cual delito. Durante el imperio cae en desuso los antiguos tribunales populares ; sin embargo, no se ve aun funcionar un sistema de pruebas legales tal como hoy se entendería, que precise al juez a mirar como demostrado, por ejemplo todo hecho probado por al menos dos testigos. Pero los emperadores insertan en sus constituciones algunas reglas sobre la prueba: ya sea rechazando el testimonio de algunas personas o por ejemplo declarando que el dicho de un solo testigo, no podía ser suficiente para producir la convicción. Ya en los últimos tiempos del imperio se habían formado en la práctica judicial ciertas ideas referentes a los medios de prueba, que debían introducirse en el proceso para que la prueba se refutare perfecta aunque en la legislación romana no existe todo un sistema de reglas absolutas y detalladas. Los jurisconsultos se contentaron simplemente con prescribir algunas indicaciones y no en fundar teorías especiales sobre la prueba.

Los más antiguos antecedentes históricos del Derecho moderno occidental se hallan sin duda en el Derecho griego y, esencialmente, en el romano. Es evidente que en estas culturas jurídicas se encuentran las fuentes forenses más relevantes (sobre todo en el Derecho romano) que han inspirado y dado luz a las nuestras; el desarrollo jurídico positivo y doctrinal del Derecho procesal no fue una excepción y dentro de él lo referido a las normas sobre la prueba, que si bien no presentan un desarrollo sistemático, contienen valiosas normas, que sirvieron de sustrato a los ordenamientos occidentales.

En esta línea se puede afirmar que tanto en Grecia y Roma se “idearon procedimientos bastantes acusatorios, fundados en los principios de publicidad, oralidad e inmediatez y *consecuentemente con ellos, imperó la libertad de apreciación de las pruebas por parte de los órganos jurisdiccionales*, que en sus versiones más clásicas se organizaron como jurados. En Grecia, en su forma más tradicional y representativa se denominaron Dicasterios y en Roma

Comicios Centuriados o Comicios de Tribus (suerte de asambleas populares) y los Tribunales por Jurados, *Judices quaestiones perpetuae*. “[13]

Sin embargo, con el advenimiento de la época imperial romana, se comienzan a conocer las primeras limitaciones probatorias que vienen a cercenar la libertad que poseían los órganos jurisdiccionales. Especialmente claro es este proceso en materia de prueba de testigos en que aparece con nitidez el aforismo de que un sólo testigo es ningún testigo: *unus testis nullus testis,* regla que también se halla consagrada en las Sagradas Escrituras y que pervivirá durante muchos siglos. En efecto, el propio MONTESQUIEU sentenció *"Las leyes que condenen a un hombre por la declaración de un sólo testigo, son funestas para la libertad"*. Aún más, hasta nuestros días, hay legislaciones que la contienen.

Por otra parte estaban las normas de inhabilidad de testigos denominados *improbi y de otras inhabilidades referidas a razones de parentesco o interés* contenidas en el Digesto (Tomo II, Título V, 4,5,6, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24)-; y que las encontramos también en el Nuevo Testamento.

En esta época no importaba la forma en que era prestado el testimonio, sino más bien el status político-social de quien prestaba el testimonio, pues no se podía refutar lo dicho por un ciudadano con lo dicho por un esclavo. No obstante esto existían circunstancias que hacían valedero ocultar a un testigo, en razón del delito que se perseguía y claro esta al sujeto que se acusaba, valido por la inexistencia de reglas procedimentales y mucho menos de garantías procesales mínimas.

En casos en que no se contaba con ningún testimonio, era más fácil para el magistrado romano recurrir a otro mecanismo como la tortura, cuestión que

[13] Del Rio Ferreti Marcos, “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad”

no podía ser refutada por el defensor (advocatis), que perder tiempo en la recolección de elementos de prueba.

1.4.4 LA EDAD MEDIA.

Como tendencias al sistema de verdad formal se observa la fe que se les tenían a las ordalías (juicios de Dios), a los conjuradores, existía una creencia en el pueblo: “que la voz de Dios concluye por descubrir la verdad y ayudar a la buena causa”.

Posteriormente aparece un precoz delante de los espíritus en sentido político y en las opiniones liberales, en el cual los ciudadanos quieren proteger sus intereses comunes de los atentados del poder; el pueblo le confía las decisiones a un simple particular que es elegido especialmente para la causa que es un juez de hecho y no un magistrado. Pero desde que el magistrado es también un juez de hecho, el legislador erige las reglas de apreciación de la pruebas ciertos principios consagrados por la experiencia usual; a circunscribir dentro de ciertos limites la libertad del fallo del magistrado; a no permitir por ejemplo la condena, si no hay mas de un testigo de cargo.

No obstante, es la Edad Media, la época en que a propósito de la fusión de la cultura jurídica romana - influenciado por el Derecho germánico - y el Derecho canónico, se genera y sistematiza lo que denominamos sistema de prueba legal o tasada. Ello coincide lógicamente con el proceso de instauración del sistema inquisitivo. Lo cierto es que originalmente el Derecho canónico utilizaba la acusación privada como forma de excitación de la persecución criminal, no obstante el principio acusatorio se fue abandonando progresivamente hasta que a fines del siglo XII y principios del XIII, bajo el pontificado del Inocencio III, se consagró definitivamente el principio inquisitivo.

Este sistema inquisitivo supuso la consagración definitiva del sistema de prueba legal, creación que tuvo su origen en la influencia del Derecho canónico desde la perspectiva jurídica, y de la escolástica desde el filosófico. El sistema inquisitivo nace inspirado en dos ideas primordiales. *Por una parte, la necesidad de combatir aquí en la tierra, mediante el Derecho, el mal o la maldad humana y en segundo lugar, y consecuentemente con ello, pretende descubrir la verdad, siempre, respecto de todo hecho delictual, pues el delito representa el pecado social que incumbe a todos; y a la colectividad perseguir (oficialidad) y para ello se debe dotar al encargado de cumplir estas labores (juez inquisidor) de importantes poderes.*

Es la influencia del Derecho romano, canónico y especialmente de la escolástica, que hace al sistema inquisitivo tender hacia la indagación de la verdad material. Esto queda de manifiesto en los casi ilimitados poderes de investigación de los jueces inquisidores en los cuerpos legales más representativos de este sistema (La Constitutio Criminalis Carolina, Las Partidas o la Novísima Recopilación). Y también explica el lugar privilegiado que le cupo a la confesión (bajo tortura) como medio de prueba en este sistema. A este medio se le denominó la reina de las pruebas, en cuanto aseguraba la posibilidad de investigar una serie de delitos que por su naturaleza constituían delitos de difícil indagación.

Sin embargo, existía en este medio una suerte de contradicción esencial, porque si bien pretendía la búsqueda de la verdad, su propio mecanismo suponía la fórmula que se contrapone a si misma y que se traduce en la negación de la libertad de decir lo que se quiere, pues la tortura conseguía arrancar una declaración que permitiera hacer cesar el dolor de los tormentos más que una declaración verdadera. Este procedimiento podía perfectamente conseguir una declaración de un imputado débil, pero inocente o a la inversa no obtener la declaración del hombre voluntarioso pero culpable.

Una segunda razón en la impotencia del sistema para la búsqueda de la verdad viene dada por la imposición al juez del sistema de valoración tasada rigurosamente formalista del que no se puede apartar llegado el momento de sentenciar. Esto, no obstante, opera como el único modo posible de limitar sus notables poderes.

Respecto a los testigo anónimos, en esta época resultaba inútil para el juzgador ocultar al testigo, el proceso era eminentemente formal y no se requería para darle valor probatorio ninguna formula especial, sino el solo dicho del testigo. En caso que el testigo tuviera temor como resultado de amenazas a él o a su familia, prefería en todo caso no testifica y resultaba en que su testimonio nunca era prestado.

En resumen lo que sucede es que el legislador, en el momento culmine de la labor jurisdiccional, sustituye al juez en la apreciación del mérito del proceso, y se impone una valoración anticipada y abstracta del legislador. Se podría afirmar que en realidad *no se valoran casos sino más bien se valoran hipótesis.*

En definitiva el contrasentido consiste en que el sistema inquisitivo y de la prueba legal y tasada nace para la búsqueda de la verdad material y se tiene que terminar por conformar con una verdad formalista e hipotética.

1.4.5 LA PRUEBA LEGAL

No obstante y tal vez por la razón indicada anteriormente es que la doctrina ideó un sistema de prueba que cumpliera con el objetivo de servir de límite a los importantes poderes del juez y a su vez impidiera las eventuales injusticias, a que pudiera llevar el sistema legal en su versión más extrema (positivo). A este sistema se le denominó prueba legal negativa. Consiste en que la ley si bien impone los medios de prueba por los cuales se pueden probar

los hechos en el proceso y su peso, exige además la convicción personal para poder condenar. De este modo se impide que producto del excesivo formalismo apriorístico y abstracto del sistema legal positivo llegue incluso afectar el principio de inocencia a través de una condenación injusta.

Esta teoría tuvo sus principales partidarios en FILANGIERI, ROMANOGSI y el propio CARMINAGNI y sus primeras consagraciones legislativas están presentes en la Ordenanza de Procedimiento Penal Austríaca de 1803 y en el Código de procedimiento Penal de la República Cisalpina.

Según lo que hemos dicho, podemos afirmar que el sistema de la teoría legal o tasada pervivirá, desde su generación, durante todo lo que resta de edad media en su versión positiva y con posterioridad en su versión negativa, más acorde con las nuevas concepciones políticas y jurídicas que surgen a partir del siglo XVIII.

Sin embargo con el advenimiento de la época moderna y más precisamente con el movimiento revolucionario Francés, se comienza a cuestionar fuertemente la forma de hacer justicia en materia criminal.

1.4.6 LA LIBERTAD PROBATORIA, EVOLUCIÓN

En efecto, desde esta época en adelante (la de la revolución francesa), se comienza a luchar por un sistema que se adecuara mejor al nuevo modelo político que se pretendía imponer. Un sistema cuyo sustento son las ideas de la igualdad, la libertad política y el reconocimiento de ciertos derechos individuales, lo que se traduce en la concepción del nuevo régimen político republicano. Esto último suponía una nueva forma de hacer justicia conforme al principio de soberanía popular también manifestada en la función jurisdiccional. El mecanismo para ello será concebir un juicio criminal donde prive la publicidad, la oralidad, también en un principio la participación ciudadana en la

administración de justicia (se conciben algunas formas de jurado, pero luego se impone en Europa continental la idea de jueces profesionales) y consecuentemente la libertad de convencimiento.

Sobre el sistema de libertad probatoria, nos atenemos a lo expuesto por diversos autores, en el sentido que no se entendió siempre como lo concebimos ahora. Inicialmente, sin duda por el fuerte influjo del ejemplo anglosajón y tal vez del romano clásico, se trató de idear un sistema de íntima convicción más propio de un jurado, en tanto el juzgador no se hallaba en la necesidad de motivar su decisión; se concebía en realidad como un acto de conciencia interna o de pura voluntad y como tal, imposible de justificar. En esta línea resulta especialmente claro lo que dispuso el Decreto de 1791 que crea el jurado en Francia, que instaba a estos en los siguientes términos: *"la ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismo en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: "tendreís por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no considerareís suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios"; la ley hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?".*

Este sistema como bien hemos dicho no suponía una motivación del fallo, sino más bien se apoyaba en la idea de la impresión total que se forma el jurado a partir de lo debatido en el juicio oral.

Dicho concepto tuvo sus influencias en Europa continental, especialmente en Alemania y España. En la primera se debatió fuertemente el tema siempre ligado a la necesidad de crear tribunales compuestos por jurado, lo que se produjo a mediados del siglo XIX.

En España, también se tomó el modelo del jurado y de la íntima convicción (entendida a la manera francesa), pero el jurado duró poco tiempo, permaneciendo, eso sí, y curiosamente, la idea de íntima convicción con prescindencia de fundamentar la sentencia, situación que se perpetúa durante mucho tiempo, llegando incluso hasta finales de la década del 70 del siglo XX. De esta época es famosa una sentencia del año 1978, que establece lo siguiente: "*el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial*". [14]

Resultado de las ideas de la Revolución Francesa y la Codificación Napoleónica, se idearon para todos los procesos en general, reglas procedimentales de obtención de la prueba y valoración de la misma. Esto posibilito en cierto grado un control más garantista de la forma en que era aportada la prueba al proceso, y refutar en caso necesario la validez o no dicho elemento.

Con respecto a la prueba, debemos recalcar que la naturaleza de algunos delitos hacia de imperiosa necesidad de hacer excepciones a las reglas generales, esto posibilito que algunas circunstancias especiales por temor de los testigos, sus declaraciones fueran escritas o simplemente solo fueran escuchadas por el jurado.

[14] MITTERMAIER, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929, p. 72

1.4.7 EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN (Y APORTACIÓN DE PARTE)

Para poder discernir el modo como se ha configurado este sistema, nos referiremos a qué elementos o criterios comprende y cuál es el contenido de cada uno de ellos, pues éstos son justamente su nota distintiva.

En efecto, el sistema de libre convicción, entendido modernamente, supone la coexistencia de ciertos criterios que permiten asegurar, al mismo tiempo, libertad, garantía y racionalidad en la actividad de incorporación, acreditación de hechos y valoración de la prueba.

Lo anterior se puede plantear ontológicamente y desde la perspectiva de la actividad probatoria, del siguiente modo: la incorporación de los hechos y la información que corresponde al objeto de prueba o *thema probandum* (la aportación de parte); la adquisición de la información que tiene que ver con la libertad de prueba; y la estructuración del relato que se vincula con la valoración de la prueba.[15]

Es así, que tenemos en lo que se refiere a la determinación del objeto de prueba, aunque en estricto rigor no se halle comprendido necesariamente dentro del sistema de libre convicción, al principio de aportación de parte parece ser su natural inspirador, reconociendo, eso sí, como natural contrapeso la existencia de ciertos criterios de objetivación, en especial atención al interés colectivo que implica el proceso penal.

Ello viene a ser la forma de vigencia que adopta el principio inquisitivo como investigación oficial de la verdad de los hechos. Esta es la posición de los profesores MAIER, WALTER, BOFILL, entre otros y con algunos matices.

Dicho de otro modo, corresponde a las partes la introducción de los hechos y sobre ellas también debe recaer la carga de probar o mejor dicho la función de probar, pues se parte del supuesto que ello se da dentro de la idea

[15] CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal,Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 49 y ss, 58 y ss

del sistema y principio acusatorio. No obstante, justificados por el claro interés colectivo que siempre implica un juicio criminal y de algún modo por la existencia, aún, dentro de los sistemas acusatorios formales, del principio inquisitivo de la investigación oficial de la verdad, se plantea la existencia y necesidad de ciertos mecanismos de objetivación de la actividad subjetiva.

Lo anterior cobra un importante significado para el sistema salvadoreño, pues el Código Procesal Penal, contempla a nuestro juicio, varios mecanismos que podríamos denominar de objetivación de la verdad (reconocemos eso sí que la regla general es que son las partes las que tienen la iniciativa en la búsqueda de la verdad y su prueba, de modo que hay una cierta "verdad subjetiva objetivable").

Los mecanismos de objetivación que observamos en la legislación son los siguientes: la prueba anticipada, la potestad del tribunal de ordenar pruebas en la misma audiencia, la potestad del juez de garantía de ordenar ciertas diligencias de investigación una vez agotada ésta por el fiscal, la facultad de las partes de incorporar algunas actuaciones de la instrucción mediante la comparación de éstas con las declaraciones que presten los testigos y peritos en la audiencia, la potestad del tribunal de dirigir preguntas a los testigos y peritos.

1.5 APARICIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

Los derechos del acusado normalmente incluyen el de enfrentar o carearse con sus acusadores frente al tribunal. Esto significa que los testigos comparecen personalmente y están disponibles para un interrogatorio por ambas partes. Este puede ser un procedimiento totalmente público. En países con un historial de conflictos violentos o con serios problemas relacionados con

el crimen organizado, algunos testigos pueden tener miedo de declarar. Pueden tener miedo de ser asesinados o de algún otro acto violento en su contra o de sus familias. Los testigos en estas condiciones requieren protección. La capacidad de los distintos sistemas legales para brindarla difiere considerablemente. En Canadá, por ejemplo, la identidad de los testigos puede ser protegida en algunos casos. En los Estados Unidos, el sistema de protección de testigos incluye su reubicación y cambios de identidad. Otros sistemas pueden ofrecerles a los testigos protección armada durante el juicio. En los países que cuentan con menos recursos o una débil administración de justicia, la protección de testigos puede ser difícil. [16]

Fue en este sistema de libre valoración de la prueba y de un máximo desarrollo de las garantías individuales que se origino un régimen especial de protección a testigos en el Sistema de justicia Estadounidense, respondiendo a un interés meramente de política criminal.

En este régimen, muy efectivo para aquellos delitos en donde incidía grandemente la peligrosidad de los imputados y la relación que tenían estos con el crimen organizado o actos de corrupción en las declaraciones de testigos claves que se negaban a declarar, se ha convertido en un arma que ha llevado hasta niveles muy bajos los índices de criminalidad.

Esto no ha significado en ningún momento, que la protección de testigos se haya convertido de manera automática en la utilización de los testigos anónimos.

Para el sistema anglosajón no existe razón alguna por la cual ocultar la identidad del testigo, mas bien se deben procurar todos los medios necesarios a ambas partes intervinientes en un proceso en un plano de igualdad; el sistema de protección ha concebido como medidas certeras la protección física del testigo durante la tramitación del proceso para que este pueda declarar sin

[16] Sue Nelson, Acusación y Procedimiento Judicial, http://www.aceproject.org

ningún tipo de presiones, y medidas posteriores al proceso para que una vez haya colaborado con la administración de justicia pueda incorporarse normalmente a sus actividades y es ahí donde opera el verdadero régimen de protección posibilitando un cambio de identidad, domicilio y trabajo.

En otros sistemas, en donde la justicia esta plagada aun de deficiencias, y donde las sociedades son aparentemente mas violentas, se han ideado sistemas similares pero no tan efectivos como el estadounidense.

En estos sistemas donde verdaderamente, no existe la capacidad de idear régimen de protección a testigos eficaz, se ha producido una involución al sistema de garantías procesales, con el animo de bajar los índices de criminalidad y a toda costa dar con un culpable de aquellos delitos reprochables para la opinión pública.

En todo supuesto se posibilita como medida ordinaria la reserva de la identidad del testigo, no haremos énfasis aún en las implicaciones que conlleva en las garantías del proceso y en el derecho de defensa.

Es una aparición que ha respondido en la actualidad a la política criminal aparejada a un endurecimiento de penas y una clara injerencia en la independencia judicial.

El primer Estado en proclamar una Ley que instauraba la figura del testigo anónimo fue España, con la Ley Orgánica de Protección de Testigos y peritos de 1994.

Posteriormente a este caso, fueron adhiriéndose a esta figura muchos países de América Latina, escudándose en la contraposición entre la protección de la integridad del testigo como parte fundamental y la necesidad imperiosa de contar con los testimonios en los procesos de alta peligrosidad, crimen organizado y corrupción.

1.5.1 LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SALVADOR: ABANDONO DEL GARANTISMO.

El giro esencial que impulsa esta investigación, fue las adiciones hechas al Código Procesal Penal en el año 2001, estas se realizaron ante un fenómeno social innegable, la violencia extrema que condicionaba la actividad probatoria de la parte acusadora. En ese marco de circunstancias, el proceso penal evoluciono y dio un paso de acercamiento al desfasado proceso inquisitivo, al permitir la resguarda de la identidad de los testigos. Esta circunstancia en particular ya resultaba por si sola un verdadero dolor de cabeza en su aplicación, pues dejaba demasiada libertad a los fiscales y a los jueces para admitir de manera arbitraria, métodos de protección a los testigos que implicaran un menoscabo a la actividad defensiva del imputado.

El propósito de los legisladores no fue nunca el menoscabo del derecho de defensa del imputado, sino la protección integral del mecanismo que permite acceder a la verdad procesal, y este mecanismo en un sistema penal carente de una investigación científica relevante, vino a ser únicamente el testigo. La medida fue aplaudida por los fiscales, criticada por el sector profesional y avalada por el ejecutivo. No obstante, los años posteriores a la adopción de la medida señalada, ha servido par experimentar todo tipo de métodos (unos ingeniosos, otros absurdos, la mayoría copiados de sistemas penales extranjeros), de protección al testigo, siendo el mas aceptado, el resguardo de la identidad de los testigos y la revelación de la identidad.

A un par de meses de la promulgación y acercándonos a la entrada en vigencia de la nueva ley Especial de Protección de testigos y peritos, no se puede decir que ha resultado efectiva, pero es importante señalar que no se espera un cambio sustancial en la situación respecto lo que refiere al testigo anónimo, en la reserva de la identidad de los testigos.

CAPITULO 2

“CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA”

2.1 EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO

En los albores del siglo XXI que nos ha tocado vivir, el hombre ha experimentado grandes avances en los campos de la medicina, la ciencia, las telecomunicaciones; lamentablemente en los años en que el hombre ha llegado a la luna, construye estaciones espaciales permanentes y se exploran otros planetas, se continúa bregando en la mayoría de las naciones por establecer en el proceso penal instituciones cuyos orígenes datan de la Alta Edad Media.

La concepción política populista, en especial de las naciones de América latina ha provocado ideas erróneas sobre las finalidades del proceso penal, de ahí que su evolución sea lenta.

La expresión "debido proceso", además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. "Debido" hace referencia a “lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de proceso justo".[17]

[17] Tijerino Pacheco, Jose Maria. Fiscal General de la Republica de Costa Rica, * Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia

La literatura jurídica no ha sido unívoca al definir el debido proceso. Se ha definido como “el proceso que es debido, o sea, justo y apropiado”[18], o como “aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado Democrático, las cuales deben, acto seguido, ser reconocidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal”.

Tuvo en su origen un carácter meramente formal, pero la doctrina lo extendió a lo que hoy se conoce como debido proceso constitucional o simplemente debido proceso, el cual exige que el proceso, además de estar regulado por la ley y reservado exclusivamente a la misma, debe ser garantía de una serie de derechos y principios contenidos en el mismo, y que tiendan a proteger a la persona humana frente al silencio, arbitrariedad o error, tanto de los aplicadores del derecho como del propio legislador.[19]

La figura del debido proceso se ha transformado en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma, pues “la garantía procesal más importante es aquella que dice relación con el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial, en el marco de un procedimiento legítimo. Sin debido proceso no hay seguridad jurídica”.[20]

El Derecho procesal penal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional, Definida la jurisdicción en el articulo 172 Cn. como potestad, el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo

---

[18]“Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos *debidos* si siguen las formas establecidas del derecho, o si, al adaptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de libertad y de la justicia”. Pritchett, Hermann, citado por Carocca perez, Alex, en *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal,* Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 165.

[19] Monsálvez Müller, Aldo, “El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), p.88 ; Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.146.

[20] ORTIZ QUIROGA, Luis, “Algunas Consideraciones Sobre el Derecho a la Defensa en Chile”, en www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo8.htm. [Sitio visitado el día 12 de agosto de 2006].

juzgado por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley.

El Derecho procesal penal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 12 de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia.

El derecho procesal penal no es un subsistema. Es el sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. El derecho procesal penal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que también el derecho procesal penal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias.

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el GARANTISMO PROCESAL.

El garantismo procesal supone la conceptuación del proceso de la función jurisdiccional como una realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental y atemporal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora.

2.1.1 PROBLEMAS Y REDEFINICIONES EN EL PROCESO PENAL

Como bien expuso el Dr. Sergio García Ramírez, Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “En la frontera entre dos siglos, un lindero que se relaciona mas con nuestras expectativas que con nuestras realidades, la Justicia Penal atraviesa una etapa de grandes redefiniciones sobre algunos de sus temas fundamentales y tradicionales. A la cabeza figura el papel del sistema penal en el control social –es decir, la misión política de la justicia penal-, con sus amplísimas consecuencias. En cada una de esas redefiniciones queda de manifiesto, con el alcance más radical y profundo, la relación armoniosa o conflictiva entre las libertades y las garantías, por una parte, y las nuevas exigencias –espontáneas o inducidas—de la seguridad y la paz, por la otra. Se ha construido, de esta suerte, un dilema –que muchos calificamos como falso, además de extraordinariamente peligroso—cuya solución gobierna las mayores soluciones penales. Los datos de la agitación autoritaria residen en cierto discurso de la “seguridad ciudadana” y en el proclamado conflicto entre *due process y crime control.* [21]

Agrega el Doctor García Ramírez que “Esta dialéctica ha salido del espacio de los temas nacionales y se ha dispersado sobre el conjunto de relaciones internacionales. La mundializacion, una espada de doble filo, tiene aquí algunas de sus expresiones mas inquietantes: lo mismo en la presentación y proliferación de la delincuencia, ingeniosa o violenta, que en las reacciones preventivas y punitivas que han comenzado a caracterizar, en alguna medida relevante, la emergencia internacional de nuestro tiempo. El impacto de nuevas ideas, experiencias y pretensiones, ha llegado vigorosamente a los ordenamientos nacionales, no se diga a las practicas domesticas, y ha orientado algunas de las decisiones mas impactantes y aleccionadoras en el

[21] García Ramírez, Sergio. “Algunas cuestiones del Proceso Penal”, Ponencia para el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF. 9-14 de febrero del 2004.

plano mundial, como se mira en los casos de la lucha contra el terrorismo –que es una vertiente de la guerra contra el mal- y la suerte corrida, entre numerosos avatares, por la Corte Penal Internacional”[22]

Obviamente, esto se proyecta sobre el conjunto de los trabajos penales: la reformulación de tipos, o mejor dicho la caracterización de algunos hechos como punibles, que en ocasiones queda a la discreción de algún órgano del Estado; la previsión de penas; la reconstrucción del proceso, al que regresan de diversas formas, las zonas del claroscuro que el garantismo creyó haber desechado, y la ejecución real, por contraste con la nominal de las penas y medidas, cuyos rigores mas arraigados siguen poblando el horizonte ejecutivo, sobre todo en la privación penal de la libertad.

“Si recordamos el significado que tienen el sistema penal como traducción elocuente de las convicciones y decisiones políticas y sociales, y el escenario que monta para el choque entre el poder externo del Estado y el desvalimiento completo del ciudadano, quedara de manifiesto la relevancia de estos acontecimientos y potencial o actual significado para las vidas comunes y corrientes, es decir, para nuestras propias vidas”[23]

2.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

En palabras del Dr. Antonio Maria Lorca Navarrete “El proceso como sistema de garantías supone otorgar al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora”, respecto de éste [y no otro] concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las leyes de enjuiciamiento.

[22] García Ramírez, Sergio. Opus Cit.
[23] García Ramírez Sergio, Opus Cit.

La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad –principio de proporcionalidad- entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado"[24].

Las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal), se hallan particularmente aseguradas en su aplicación en nuestra Constitución, a través de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Pero, el camino que evidencia la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional –la metodología- tiende hacia la atomización a través de la técnica adjetiva del procedimiento.

Y así, mientras que las garantías del debido proceso sustantivo de la función jurisdiccional –sustentadas en el método constitucional- son esencialmente uniformes, no ocurre lo mismo con las técnicas adjetivas que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento.

Por ello, los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo-constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera responde al esquema de las garantías constitucionales "de aquí y ahora" de un servicio público de la justicia, en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedimental.

---

[24] Lorca Navarrete, Antonio Maria, "Manifiesto a favor del Proceso como Sistema de Garantías", en www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo8.htm. [Sitio visitado el día 2 de agosto de 2006].

No obstante, las garantías de lo que, en la actualidad, se denomina función jurisdiccional [juzgar y hacer ejecutar lo juzgado] no han sido, históricamente, siempre las mismas.

Lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia –debe tenerse en cuenta que las dos leyes procesales civiles y penales actualmente vigentes en nuestro país utilizan el término enjuiciamiento-, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justa.

La garantía procesal posee también una conceptuación funcional. El proceso es garantía, en tanto en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

Esa funcionalidad se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

La crítica temporalidad de la sustantividad procesal se justifica en la aplicación del compromiso constitucional. La sustantividad crítica y temporal del proceso se vincula con las garantías procesales que la vigente Constitución ampara y establece (garantismo constitucional de la norma procesal).

En tal sentido, el proceso es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que aquel [el proceso] pueda amparar los derechos de todos los ciudadanos.

La garantía procesal en su vertiente funcional se justifica porque se ampara en base a la existencia de la tutela judicial efectiva. Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

En la medida en que el proceso es compromiso [constitucional] de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos] se proyecta, en su sustantividad, autónomamente.

No interesa tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel [el proceso] sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma.

El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Sus criterios funcionales de actuación son ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de actuarlos. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación] ese carácter ordinario o común sería inconstitucional o contrario a la Constitución.

En su vertiente de legalidad ordinaria, el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide además ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “efectividad” que la norma constitucional reclama.

La “efectividad constitucional” es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. La funcionalidad autónoma del proceso justificada en criterios ordinarios o comunes que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad sustantiva que es garantía de jurisdiccionalidad, y también en una funcionalidad formal que es garantía a su vez de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad.

2.1.3 EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO O AUTORIDAD ESTATAL

En términos generales, el Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

En este sentido ha señalado: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

2.1.4 CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

La doctrina advierte de la complejidad de la institución tratada para ser definida, por razones como aquella de que se trata de una institución de origen y desarrollo anglosajón, consecuencia de la constante aplicación e interpretación de parte de la jurisprudencia y la doctrina, en especial de los E.U.A. (Due Process of Law), entre cuyas características no está precisamente las de ser definitorias. Por eso Esparza Leibar afirma que a pesar de su larga vigencia, su

constante estudio y aplicación, “se ha resistido a una definición en el sentido al que estamos acostumbrados en los ordenamientos continentales”[25].

El Costarricense Mario Houed, dentro del criterio del Derecho Penal define al debido proceso de ley, “como el proceso en el cual no se prive a ningún individuo de la tutela de sus derechos fundamentales, que concluya en el dictado de una sentencia fundada en el fiel cumplimiento de los principios supremos inherente a un Estado de Derecho”[26].

La Constitución Dominicana, por su parte, lo considera como el proceso que es realizado en observancia a los procedimientos legales y culmina en una sentencia resultante de un juicio imparcial, garantizando el derecho de la defensa (Art. 8-2-J), sobre los derechos individuales y sociales que consagra).

Las ideas esenciales en cuanto a definir el verdadero proceso de ley, aparecen en otras definiciones legales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 10), Pacto Internacional Sobre los Derechos Civiles y Políticos (Art. 14), Convención Europea de los Derechos Humanos (Art. 6-1), Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Art. 8- 1), Constitución de E.U.A. (Enm. VI, XIV), para citar algunos entre otros; pero en todas, tres ideas o conceptos son comunes: imparcialidad e independencia del tribunal, garantía de los derechos fundamentales y condena justa, y si buscamos otros convenios internacionales y las constituciones políticas de diferentes Estados, veremos que esas ideas o conceptos son comunes, y ya a veces de forma expresa, a veces tácita, pernean y subyacen al concepto de lo que es el debido proceso de ley.

Entonces, existe un consenso en cuanto al contenido que debe definir el concepto del debido proceso de ley: la garantía o el equilibrio entre la libertad

---

[25] Esparza Leibar, Iñaki. “El Principio del Proceso Debido”, pág. 72. Editora Bosch. Barcelona, España. 1995.

[26] Houed Mario, Sánchez Cecilia, Fallas David. “Proceso Penal y Derechos Fundamentales”, pág. 29. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 1998.

individual y las imposiciones de la autoridad, resolviendo los conflictos entre los individuos por medio de los procedimientos legales.

No se puede, por otra parte, ignorar que se trata de una definición moldeada (hic et nunc), esto es, influenciada de los elementos jurídicos, políticos, sociológicos, éticos, morales, etc., que confluyen en un tiempo y en un espacio determinado. De ahí que el elemento definitorio de este concepto debe estar dotado de flexibilidad, que es lo que ha permitido su supervivencia y progresiva expansión. Pero aún así, dentro de las categorías de tiempo y espacio, subyace la idea de armonía de los intereses Individuo-Estado-Individuo, a fin de un ideal de justicia que satisfaga el interés individual y social. Así, en un doble sentido, el debido proceso, en primer término, como derecho subjetivo, significa el derecho de todo individuo frente a otro individuo de no ser privado de ningún derecho sino mediante un proceso donde se le permita o garantice su defensa y un juicio justo. Y al mismo tiempo significa que el Estado no puede limitar o privar, ni de cualquier modo violar, desconocer o atentar de manera arbitraria contra los derechos fundamentales inherentes a todo individuo en razón de su naturaleza humana, los cuales pueden resultar ya sea de los Principios General, ya de la Constitución, o de una Convención Internacional. Por eso nadie puede ser condenado a una pena, o declarado deudor, sino después de un proceso justo, ni los poderes públicos pueden dictar leyes, decretos o actos que atenten contra los derechos, libertades y garantías de los individuos.

El debido proceso, es, pues, un derecho subjetivo que implica el ejercicio de la función jurisdiccional. En ese sentido importa retener la noción, a los fines de dar una definición que debe ser enfocada conforme a quienes consideramos como los más autorizados en la materia: la jurisprudencia y doctrina norteamericanas, que lo enfocan desde una óptica restrictiva por un lado, y desde otra ampliativa por el otro.

Conforme al criterio restrictivo, la observación del debido proceso de ley sólo procede cuando la sanción o condena derivada, consiste en un atentado al derecho a la vida, la libertad o la propiedad. Este es el criterio del Tribunal o Corte suprema de E.U.A. (Sentencias: Board o Regents Vs. Roth 1972, y US Labor Party Vs. Oremus 1980). Por el contrario, de acuerdo al criterio ampliativo, se propone interpretar los términos vida, libertad y propiedad en su acepción más genérica, esto es, abarcando todos los intereses y garantías individuales.

Particularmente, asumimos una actitud crítica frente a la posición de la Jurisprudencia Norteamericana, o sistema restrictivo. El debido proceso de ley no viene definido ni dado en función de los derechos y libertades que protege. Es un valor del sistema y del ordenamiento jurídico destinado a garantizar el ejercicio efectivo de todo derecho individual, en su concepto más extenso, frente a todo aquel, y frente a todo acto susceptible de vulnerarlo, sea por el acto de un particular o por parte del Estado, por lo que la teoría ampliativa es la que mejor define en este aspecto el debido proceso.

Siguiendo nuestra actitud crítica veremos como nuestra definición se aparta de muchas de las que del debido proceso son dadas, cuyas deficiencias como definición resultan a consecuencia de lo que nosotros denominaremos “la noción del concepto restrictivo del debido proceso”, pues generalmente enfocan el mismo hacia los derechos del acusado y/o demandado, sujeto pasivo en el proceso penal, obviando al demandante y otros procesos, cuando la realidad es que a ambos sujetos, activo y pasivo, con motivo de un proceso cualquiera, no solo penal, pueden vulnerarse sus derechos. Por eso preferimos el término justiciables, y aquel de libertades y derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento, y no por la ley, porque los derechos, en especial, aquellos considerados como tales, no solo no resultan de la ley que cuando los recoge simplemente los enuncia y no los crea, sino que se trata de valores jurídicos inherentes al individuo en razón de su naturaleza humana, de donde resultan

ante todo, y son valores normativos supremos y universales, que constituyen los principios generales del derecho que subyacen y pernean de modo común, todo sistema u ordenamiento jurídico, no importa el lugar, la realidad sociopolítica, el régimen político, la ideología y sistema de gobierno imperante, ni el momento histórico, puesto que transcienden toda categoría existencia de tiempo y espacio con sus circunstancias actuales de existencia.

El debido proceso, es una norma de *ius cogens,* que ha recibido la aceptación y el reconocimiento de la comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como *norma que no admite acuerdo en contrario.*[27]

2.1.5 RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Expone García Ramírez que "El debido proceso es un elemento del acceso a la Justicia, aunque esta no se resuma obviamente en aquel: justicia formal y material: condición para esgrimir el derecho y obtener su reconocimiento. Ha evolucionado y se ha instalado en las constituciones políticas y en los ordenamientos internacionales, con una misma intención garantista. Es el escudo contra el árbitro, el cauce para la procuración de la verdad, el espacio de las pretensiones y las actuaciones, la frontera de las decisiones jurisdiccionales. Todo ellos sirve a una misma intención garantista:

[27] Monsálvez Müller, Aldo, "El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional", en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), El artículo 53 de la Convención de Viena de 1963 sobre Derecho de los Tratados señala: "**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("lus cogens")**. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

en rigor, el debido proceso incorpora y caracteriza el garantismo en el ámbito del enjuiciamiento"[28]

"El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional."[29]

En cuanto a su naturaleza, constituye uno de los llamados principios generales del derecho, con vocación universal, subyacente a todo ordenamiento jurídico particular y general, constituyendo, dentro de los mismos, un valor supremo en la escala de los valores normativos o fuentes que implica las siguientes consecuencias:

a) Su observación o aplicación procede siempre, aún cuando no sea formulado por ninguna norma legislativa, constitucional, ordinaria o tratado internacional, porque subyace y permea todo el ordenamiento jurídico general y particular.

b) Tiene una vocación universal, es común a todo ordenamiento y sistema jurídico sin excepción.

c) Es trascendente en el tiempo y el espacio, por aplicarse a todo individuo en cualquier época o lugar donde se encuentre.

Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar lo confirma uno de los elementos que conforman su contenido: la imparcialidad del juez o de la justicia, que no tiene que resultar de ninguna disposición o norma, puesto que es una cualidad o valor inherente a la justicia como virtud o como valor que es ella también, y a la función del juez, que de no ser así, ambas quedan totalmente desnaturalizadas para perder su esencia.

---

[28] García Ramírez Sergio, Opus Cit.
[29] Vázquez Domingo, "El Debido Proceso", Editorial Jurídica Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2002

2.1.6 NOCIÓN RESTRICTIVA DEL DEBIDO PROCESO

Domingo Vásquez, Magistrado de la Republica dominicana, expone: “Denominamos como noción restrictiva del concepto del debido proceso a una situación que se ha dado a través de su enunciación legislativa, y de su aplicación y desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Nos referimos al hecho de que, cuando se habla del mismo, lo encasillamos y restringimos a la situación del acusado, y por ende, del sujeto pasivo de un proceso penal; se llega a pensar que el principio o derecho al debido proceso es algo que se refiere exclusivamente a las reglas y desarrollo del proceso penal y que es extraño a otros tipos de procesos.

Este fenómeno tiene su explicación. Diversas causas o factores han contribuido a esa apariencia que, de entrada o prima facie, induce a pensar en la exclusividad del derecho del debido proceso, al proceso penal.

Así tenemos:

a) Los valores jurídicos envueltos: Los derechos puestos en juego o en juicio en un proceso penal, muy particularmente del acusado o sujeto pasivo del proceso, son derechos inherentes y esenciales al individuo. Muy susceptibles y frágiles en cuanto a su respeto y garantía, siendo de mayor vulnerabilidad, de fácil y constante violación, como la vida, la libertad, la integridad física, etc. En tanto que los derechos de la parte agraviada, sujeto activo junto al ministerio público, en ocasiones son de carácter pecuniario, como lo son en un proceso civil, comercial, laboral y otros. Eso hace que el principio se aplique con mayor rigor y énfasis, que se manifieste de manera más viva y con su más cruda realidad, en el proceso penal que en los otros procesos, que a su vez influyen en las otras causas que tienden a restringir el concepto.

b) La formulación normativa del principio: La naturaleza de los valores jurídicos envueltos en el proceso penal, en especial los derechos del sujeto pasivo, influye para que en las Constituciones de los diferentes Estados ya

analizadas, den una orientación del principio del Debido Proceso esencialmente enfocada hacia el proceso penal; así mismo, en los diferentes Tratados Internacionales que lo consagran, el principio es enfocado hacia el proceso penal; los mencionados instrumentos normativos, generalmente, a continuación de la formulación del principio, enuncian una serie de derechos del acusado que tienden a garantizarlo, como son la publicidad y oralidad del juicio, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, etc.; sin embargo las Convenciones Europea e Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo refieren también al proceso civil, al laboral, al contencioso administrativo y a todo proceso en general.

c) La aplicación y desarrollo del principio: Es en los procesos penales donde el principio ha tenido la más viva y constante aplicación; su abundante desarrollo, estudio y análisis es de modo casi exclusivo de la Jurisprudencia Penal y de la doctrina del Derecho Penal, pudiendo afirmarse que esa labor ha sido obra de la Jurisprudencia y de la Doctrina Penal, siendo extraña a las otras ramas del Derecho, en las cuales podemos afirmar que se trata de una labor en ciernes. No obstante, como demostraremos en este mismo sector de este trabajo, el Debido Proceso de Ley, es un principio aplicable a todo proceso en general, que salvaguarda los derechos de todos los justiciables, sujeto activo y pasivo en el mismo, siendo ilusoria la doble restricción del principio, por un lado hacia el proceso penal, y por el otro, dentro del mismo proceso penal hacia los derechos del procesado; no podemos, sin embargo, dejar de reconocer que es en los derechos del procesado en el proceso penal donde el principio ha encontrado su mayor campo de aplicación y desarrollo".[30]

2.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO

[30] Vasquez Domingo, "El Debido Proceso" Opus. Cit,

Considerando la diversidad de posturas, y tomando en cuenta el desarrollo dinámico de la figura del Debido Proceso, es imposible ser categóricos sobre los elementos que componen o deben componer el debido proceso de ley. Es por ello que resulta idóneo exponer las clasificaciones de los elementos del debido proceso a que hacen referencia los doctrinarios con más frecuencia.

Así pues, tenemos que en opinión de Evans de la Cuadra es necesaria la existencia de un tribunal competente e imparcial, establecido por ley, con jurisdicción y competencia adecuada, así como la concesión al demandado de derechos tales como notificación de la demanda que lo afecta, concesión de un plazo razonable para comparecer y exponer derechos, posibilidad de ser oído en juicio (principio de bilateralidad de la audiencia), de contradecir los dichos de la contraparte (principio de contradicción), concesión de un tiempo racional para que se defienda y para aportar pruebas, posibilidad de controlar las pruebas presentadas en su contra, libre aportación de pruebas para su defensa y que el tribunal las reciba en forma legal, obligación para los jueces de fundamentar sus fallos, y finalmente, el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia.[31]

Marcos Vásquez considera que se podrían agrupar los elementos del debido proceso en el derecho a obtener el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, a la igualdad entre las partes, a un tribunal o a un juez imparcial, a un juez predeterminado por la ley y a reglas procedimentales preestablecidas y el derecho a la independencia del juez.[32]

---

[31] Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.146. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **"**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno".Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Chile, 2004

[32] Vásquez Espina, Marcos, "El Debido Proceso: Una Perspectiva Procedimental Práctica", en http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.utml. [Sitio visitado el día 15 de Julio de 2004]. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **"**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno"".Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 2004

Por su parte, Orlando Poblete afirma que el concepto de procedimiento racional y justo comprende “el derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, el derecho a no confesarse culpable, el principio de aceleración del proceso, el principio de legalidad, entre otros”[33]

En nuestra opinión, y luego de analizar las diversas corrientes de pensamiento, consideramos que el proceso legal y justo al que tiene derecho todo ciudadano que accede a la justicia comprende los siguientes tópicos

2.2.1 DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PROCESO

Considerado como consustancial al proceso y uno de los elementos dogmáticos del mismo, sin el cual no se aplica ni tiene sentido el derecho de defensa, el derecho a la igualdad constituye un principio o elemento del Debido Proceso puesto que implica la oportunidad de que todas las partes al concurrir al tribunal gocen de los mismos medios de ataque y de defensa, es decir, que puedan defenderse en iguales condiciones e iguales oportunidades, con la posibilidad racional de hacer valer sus alegatos, medios y pruebas sin estar colocadas en situación de desventaja.

Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa).

Así, los derechos de las partes no pueden sufrir limitaciones ni merma una frente a la otra, ni frente al tribunal. El sujeto pasivo del proceso, tiene

---

[33] Poblete Iturrate, Orlando, “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”, en http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo6.htm [Sitio visitado el día 29 de Julio de 2004]. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **“**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno”.Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 2004

derecho a conocer los medios en que funda su pretensión el sujeto activo del mismo, y ésta los medios de defensa de aquel; la igualdad de armas o posibilidad razonable de litigar en condiciones que no impliquen desventajas apreciables de una parte frente a la otra y disponer, ejercer y tener a su alcance los diferentes medios y procedimientos para aportar y administrar las pruebas de sus pretensiones, supervisar su realización, discutirla y contradecirla, y que sean examinadas y apreciadas de manera objetiva por el juez ante el cual se realiza o administra.

2.2.2 EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El acceso al tribunal debe orientarse a la protección efectiva de los derechos que implica y pone en juego el proceso con relación a los justiciables. Así, para que la decisión que resulte sea justa y razonable debe ser fundada y congruente, en este sentido, debe haber una relación concordante entre los argumentos de derecho o norma aplicable y los hechos englobados en esa norma, los cuales ella se va a aplicar de modo que el fallo sobre la cuestión planteada, cuya solución es sometida al juez, sea lo suficientemente motivada como para que no implique ni injusticia, ni vulneración de derechos para cualquiera de las partes. Debe además existir el derecho de recurrir a las instancias superiores para ejercer los recursos que la ley pone en sus manos para enmendar la sentencia. Y por último, debemos mencionar el derecho a la ejecución de la sentencia pues, de no existir, los derechos derivados o reconocidos en ella, serían puras categorías formales o meras intenciones, cualquiera que fuera el tipo de proceso a resolver.

También, toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social, en tanto las personas no realizan justicia por sus propias manos ya que

cuentan con una instancia y un proceso, previamente determinados por la ley, por medio del cual pueden resolver sus controversias.

En otras palabras, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial, para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho. Impedir este acceso es la forma más extrema de denegar justicia.

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuando se hace referencia al derecho de toda persona *a ser oída* para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Este derecho de acceso a la justicia merece un especial interés a propósito de la normativa vigente en los países de la región respecto a los mecanismos previstos para la protección judicial de los derechos fundamentales, algunos de los cuales impiden ejercer estos recursos judiciales contra determinados actos del Estado.

Como es sabido, las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales. Para tal efecto, establecen la obligación por parte de los Estados de asegurar la existencia de los *recursos adecuados y efectivos* que permitan dicha protección.

2.2.3 DERECHO A UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Una síntesis sobre estas características que deben estar presentes en todos los tribunales puede ser presentada de la siguiente forma:

- El tribunal competente: Se considera tribunal competente a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia,

etc), es el llamado para conocer y resolver una controversia. También conocido como el *derecho a un juez natural*, esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

- **El tribunal independiente**: La independencia de los tribunales alude al grado de relación que existe entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial, respecto a los demás órganos del Estado, en especial los de carácter político, como lo son el Ejecutivo o el Legislativo. En este sentido, los jueces se encuentran obligados a dar respuesta a las pretensiones que se les presentan, únicamente con arreglo a derecho, sin que existan otros condicionamientos para tal efecto. Asimismo, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ningún juez o tribunal se encuentra sometido a la voluntad de las instancias superiores, debiendo en consecuencia mantener también su independencia respecto a todos los demás órganos judiciales.

- **El tribunal imparcial**: La garantía del tribunal imparcial permite contar con órganos jurisdiccionales que aseguren a las personas que sus controversias serán decididas por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. En consecuencia, la imparcialidad de los tribunales implica que las instancias que conozcan cualquier clase de proceso no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán, el resultado de los mismos, compromisos con alguna de las partes, etc. Asimismo, esta garantía obliga al magistrado a no dejarse influenciar por el contenido de las noticias o las reacciones del público sobre sus actuaciones, por información diferente a la que aparece en el proceso, ni por influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas de cualquier sector.

Los derechos relacionados con el tribunal competente, independiente e imparcial han sido objeto de un importante análisis en la región andina a propósito de la actividad desarrollada por la denominada *"justicia militar"*.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no considera contraria a la Convención Americana la existencia de estos tribunales, estima necesario tomar en cuenta determinados criterios para su regulación a nivel interno, especialmente en lo que se refiere a necesidad de dejar fuera de su competencia el juzgamiento de civiles.

2.2.4 DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso.

2.2.5 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE ORDEN PROCESAL

Se trata de una serie de derechos cuya finalidad es garantizar de modo real y efectivo el derecho de defensa y la objetividad e imparcialidad procesal, razones por las cuales tales garantías están presentes en todo proceso de orden penal, civil, laboral, comercial y contencioso administrativo. Las enunciaremos a continuación pormenorizadamente:

• Derecho a la aportación de la prueba: Implica que el sujeto, tanto activo como pasivo del proceso, tiene el derecho a que le sean admitidas las pruebas pertinentes, oportunas y necesarias para probar sus alegatos y pretensiones ante el juez, y a utilizar y ser practicados por el tribunal, todos los medios lícitos y admitidos en el ordenamiento para aportar y administrar la prueba y para permitir su valoración objetiva por el juez.

• Derecho a juicio contradictorio: Esencial al derecho de defensa por permitir la administración y realización de las pruebas, la contradicción en juicio permite el equilibrio entre las partes, constituyendo un aspecto del derecho de la igualdad de armas. El mencionado derecho consiste, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos, y en lo que a las partes se refiere, en “la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o piezas producidas por la otra parte, así como de discutirlas”. Podemos decir, pues, que constituye la facultad de las partes de conocer las pruebas, medios y alegatos a fin de ponerlas en condiciones de discutirlas o contradecirlas. No se concibe el derecho de defensa y su ejercicio, ni es efectivo aquel que se refiere a las pruebas y a los medios de prueba, siempre que sean pertinentes y necesarios y conduzcan a la verdad para culminar en una condenación justa y razonable sin contradicción procesal. Los medios de prueba, el derecho a la prueba, y los hechos a probar por los medios admitidos, en su realización, práctica y administración deben hacerse de modo que las partes en el proceso conozcan esos medios de prueba, estén presentes y supervisen su administración, y sean puestas en condiciones de discutirla o contradecirla.

Este es el llamado principio de contradicción del proceso, de modo que de no hacerse de esa manera, la prueba es nula y conduce a la indefensión. Esto nos lleva a analizar la licitud de la obtención de la prueba, de suerte que, obtenida por medios ilícitos, está prohibida su valoración por el juez, que debe descartarla por ser radicalmente nula y sin efecto. Así ocurre cuando la prueba es obtenida por medio de violencia o constreñimiento, por medios dolosos o por métodos no admitidos por el ordenamiento procesal.

• Derecho a la publicidad procesal: teniendo por finalidad el control social o público de la función judicial, este derecho garantiza la imparcialidad y diligencia del juez para administrar justicia, y significa que en todo proceso la discusión de las pruebas, los alegatos y conclusiones de las partes, el dictamen del ministerio público y el pronunciamiento de la sentencia deben tener lugar en una audiencia pública, salvo en los casos en que la publicidad sea perjudicial, como cuando es contraria al orden público.

• Derecho a un juicio sin dilaciones: Este derecho nace de la prontitud y la celeridad de la justicia, que son caracteres esenciales y definitorios de la misma. Consagrado o no por la Constitución, o por convenios o tratados vinculantes entre los distintos Estados, se trata de un principio general, de orden supra constitucional, vigente en todo ordenamiento y sistema. Por ello, el derecho a un juicio sin dilaciones es sin importar la naturaleza concreta del proceso (si es civil o penal, o de otra índole). Así, para todos los asuntos o procesos la ley adjetiva establece los plazos dentro de los cuales los asuntos deben ser fallados.

• Derecho a las garantías procesales: Es un derecho cuyo contenido es enormemente amplio, ya que engloba todas las garantías y derechos previstos o no, que pone en juego todo proceso en relación a las partes en el mismo, para culminar en una sentencia justa. Ese carácter general, amplio y no limitativo de este derecho nos lleva a concluir forzosamente que el mismo es

aplicable al proceso en general, y por ende a todos los procesos, no importa su naturaleza, y no a un proceso en particular.

• El principio de la legalidad: En la práctica, se restringe su aplicación exclusiva al proceso penal, enunciado en la máxima “nullum crimen, nullus delictus, nulla poena sine previa lege”. Será así si adoptamos la tesis del dogmatismo jurídico que reduce el Derecho a la ley, y en consecuencia no admite que la legalidad es un aspecto de un principio más amplio que es el de la juridicidad, aún cuando los derechos y garantías son ilimitados en un proceso civil, comercial o en que se debaten intereses privados, el principio de la juridicidad sería contrario al carácter limitativo del Derecho y del Proceso Penal, (según el cual todo derecho, libertad o garantía está en el ordenamiento). Así, el principio penal de la legalidad de la pena y del delito, no es más que una aplicación concreta y particular del principio de juridicidad, aplicable en general a toda clase de procesos.

• La regla non bis in idem: También se pretende aplicar con exclusividad al proceso penal la regla que prohíbe o determina que nadie puede ser juzgado dos veces, o más de una vez, por la misma causa. Sin negar que se aplica de una manera más cruda y notoria en el proceso penal, no podemos olvidar que en todas las materias o procesos se aplica el principio de la cosa juzgada, con las diferencias y variantes necesarias de cada proceso en particular; por eso, la aplicación de la regla de que nadie puede ser juzgado dos o más veces por la misma causa, en conclusión, es un principio aplicable a todo proceso, y no exclusivo en su aplicación al proceso penal en particular.

2.3 EL DERECHO DE DEFENSA

De importancia capital dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de

todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos, cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación del derecho de defensa. La violación del derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse. Algunos autores consideran como distinto al de la defensa el derecho a la asistencia o defensa letrada o técnica, esto, la asistencia de un consejero o de un abogado. Sin embargo, entendemos que tal derecho es una forma del ejercicio del derecho de defensa, ya que en El Salvador, salvo en materia de amparo y procedimientos administrativos, es obligatoria la asistencia o ministerio de abogado ante todo tribunal y en todas las materias; en materia penal existe el defensor publico, llamado en otros países abogado de oficio, que asistirá al imputado en su defensa cuando carezca de recursos para obtener la asistencia de un defensor remunerado

Para Linares Quintana el derecho de defensa implica que todo habitante de la Nación tiene “la posibilidad efectiva de acudir ante algún órgano jurisdiccional -judicial o administrativo- en procura de justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de su persona o de sus derechos en juicio, debiendo, por lo menos, ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas por las leyes respectivas”; por su parte Cavalcanti —citado por el mismo Linares Quintana-, afirma que “la garantía de plena defensa presupone que el acusado tenga la posibilidad de traer al conocimiento del juez las informaciones y las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la

verdad, permitiendo el reconocimiento de la inocencia del acusado o la atenuación de su responsabilidad".[34]

Parece tener entonces, mayor idoneidad para el objeto de estudio, la definición aportada por Cavalcanti, no obstante ello, no es acertada al afirmar, que la función de esta garantía es que el acusado aporte información y prueba "para el esclarecimiento de la verdad"; pues, el probar la existencia del ilícito penal y la participación del indiciado, le corresponde al Estado mediante el órgano requirente y no al acusado (Principio de la Carga de la Prueba); además el imputado, en el ejercicio de su defensa —en especial la material-, puede hasta mentir, en cuyo caso su actividad no va encaminada al esclarecimiento de la verdad; por otra parte, tampoco es cierto, que con ella se permita "el reconocimiento de la inocencia", ya que ésta, es un estado que todo imputado posee en relación a la atribución penal de que es objeto, y sólo puede ser destruida por la sentencia en la cual se declara la culpabilidad del procesado.

Al respecto, Jorge Eduardo Vázquez Rossi expone en su obra "Derecho Procesal Penal" que esta garantía "implica que quien resulta imputado (o demandado) debe contar con las oportunidades operativas de contrarrestar la atribución", en otras palabras, concibe el derecho de defensa como "contestación de la acusación, como contrario de la acción", y en consecuencia afirma en un forma más detallada, en su obra "La Defensa Penal" que "es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones en favor del interés y el derecho del imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa"[35]

Sustancial es este derecho en el contenido del debido proceso, de modo que, hacia él confluyen otros derechos y garantías que se analizan en este

---

[34] Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Tomo V: Libertades Particulares. Citado por XXXXX en "La inviolabilidad del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Salvadoreño, Tesis de Grado, UES, 2001

[35] Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, "Derecho Procesal Penal", Tomo 1: Conceptos Generales, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1989, pag. 285, Citado por XXXXX en "La inviolabilidad del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Salvadoreño, Tesis de Grado, UES, 2001

trabajo. Consiste esencialmente en no privar al justiciable de ningún instrumento, derecho y garantía que el ordenamiento pone a su alcance para la protección y efectiva de defensa de sus derechos. Tiene un doble carácter: material y formal, que implica, por un lado, el respeto de las reglas procesales por parte del juez, y por el otro, la prohibición de vulnerarlas, conculcarlas o limitarlas en perjuicio real y efectivo de los intereses de los litigantes, y aún entre las partes adversas mismas, de modo recíproco; pero no hay violación o desconocimiento de ese derecho, cuando un justiciable, teniendo la oportunidad de usar el mismo y que le ofrece el ordenamiento, no usa de él, o no lo hace con la pericia y diligencia suficiente.

El autor español José Magaldi Paternostro dice que el derecho de defensa es “el derecho subjetivo público fundamental que otorga a todas las personas las facultades necesarias para hacer frente eficazmente a una imputación criminógena, incluyendo el conocimiento inmediato de la misma como presupuesto del ejercicio de dichas facultades”.[36]

En relación a lo anterior, Alberto Binder aunque nombra uno de los capítulos de su obra “Curso de Derecho Procesal Penal”, como “Inviolabilidad del Derecho a la Defensa en Juicio”, no aborda con mayor profundidad, la formulación teórica de tal enunciado, simplemente expone que el derecho de defensa “es la garantía que torna operativas a todas las demás”, afirmando que en eso es que radica su importancia, ser “la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal” y culmina diciendo “por inviolabilidad de la defensa en juicio según la formula constitucional, se debe entender un concepto muy amplio”. Resulta evidente, que aunque compartimos lo afirmado por Binder, para los efectos de definir a la inviolabilidad del derecho de defensa, en la obra citada no realiza contribución alguna.

[36] Magaldi Paternostro, María José, Articulo “La Protección Penal del Derecho de Defensa”, s s.e., s.f., p 434

La defensa del imputado es, según Vélez Mariconde, “el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad”.

Su fundamento constitucional lo encontramos en el art. 12 CN.: “toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Su necesaria existencia deviene de que el Derecho de defensa cumple dos funciones básicas: actúa en forma con las demás garantías; y es la garantía que torna operativas a todas las demás.

Por lo tanto, es una actividad esencial del proceso porque tutela la libertad y los derechos individuales, referido tanto a la defensa material como a la defensa formal o técnica.

2.3.1 ELEMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA

2.3.2 DEFENSA MATERIAL

La defensa material se realiza por medio de las declaraciones que el imputado realiza en el proceso, pudiendo hacerlo cuantas veces quiera, siempre que sena pertinentes. Es la defensa material activa, pero también puede hacerlo pasivamente, cuando se abstiene de declarar. Por ello la declaración del imputado más que medio de prueba es medio de defensa.

El fundamento de la defensa material lo encontramos en el principio *hemo tenetur se deteger* que significa que nadie puede ser constreñido a obrar contra sí mismo. Nuestra Constitución establece que ninguna persona puede ser privada de ninguno de sus derechos sin ser previamente oída (art. 11) y no puede ser obligada a declarar (art. 12). Lo que significa que ninguna pena se

puede aplicar sin audiencia del interesado, cuyas declaraciones no deben ser requeridas bajo juramento o promesa, u obtenidas mediante amenaza o coacción.

2.3.3 DEFENSA TÉCNICA

Aun cuando se considera distinto al derecho de defensa, consideramos que la defensa técnica o letrada, es decir, el derecho a la asistencia de un abogado, de un consejero o perito del derecho de parte de aquél que inicia un proceso es citado a comparecer con motivo del mismo, es una aplicación concreta del derecho de defensa, de ahí que los jueces deben velar por su efectividad.

La defensa técnica es ejercida, generalmente, por un abogado y sólo excepcionalmente se concede al propio imputado. Esta se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Por ello, se exigen conocimientos, jurídicos que el imputado, en la mayoría de casos carece. Sin esos conocimientos el imputado no se podría defender eficazmente, y la defensa no respondería sus fines.

2.3.4 TIEMPO Y MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA

A fin de que el derecho a la defensa no quede vacío de sentido, toda persona acusada de una infracción penal y su abogado, de tenerlo, deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa es un importante aspecto del principio fundamental de «igualdad de condiciones», consistente en que la defensa y la acusación deben ser tratadas

de forma que garantice que ambas partes tienen las mismas oportunidades para preparar y presentar sus argumentos en el curso del procedimiento.

El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos. Este derecho exige que el acusado pueda comunicarse confidencialmente con su abogado, algo especialmente importante para las personas detenidas.

El tiempo adecuado para preparar la defensa depende del carácter de los procedimientos (si se trata de actuaciones preliminares, proceso judicial o apelación) y las circunstancias objetivas de cada caso. Entre éstas figuran su complejidad, el acceso del acusado a las pruebas y a su abogado y los plazos que fijan las leyes nacionales. Deben contrapesarse el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a disponer de tiempo adecuado para preparar la defensa.

Si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa (incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse.

El Comité de Derechos Humanos consideró tiempo insuficiente las cuatro horas concedidas tras la suspensión de un juicio por asesinato al nuevo defensor de oficio (que sustituía a uno anterior) para hablar con el acusado y preparar la defensa. El Comité también apreció una violación del artículo 14.3 del PIDCP en una causa en la que el nuevo defensor de oficio se reunió sólo diez minutos con el acusado antes del juicio y el anterior no había asistido a muchas de las vistas preliminares.

2.3.5 ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa exige que el acusado y su abogado puedan acceder a la información adecuada: documentos, informes y demás pruebas que pudieran ayudar al acusado a preparar su defensa, exonerarlo de culpa o, si es necesario, atenuar la pena. Tal información brinda a la defensa la oportunidad de conocer y comentar las observaciones o las pruebas de la acusación. La Comisión Europea ha establecido que el derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa lleva implícito el derecho a un acceso razonable a los expedientes de la acusación. Sin embargo, este derecho puede estar sujeto a limitaciones razonables, entre otros motivos, por seguridad. La Comisión resolvió que este derecho puede ser satisfecho permitiendo que quien acceda al expediente del caso sea el abogado del acusado, no el propio acusado.

2.3.6 ACCESO A PERITOS

El derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa incluye el derecho del acusado a conseguir la opinión de peritos independientes en el curso de la preparación y la presentación de su defensa.

El artículo 8.2.f de la Convención Americana dispone expresamente el derecho de la defensa a obtener la comparecencia de peritos. Dentro del concepto de la igualdad de armas, se entiende que el imputado tendrá las mismas condiciones y oportunidades para refutar los señalamientos que la parte acusadora le haga. En vista que la prueba de cargo en algunas ocasiones consiste en la declaración de un experto en alguna materia, resulta obvio que la defensa del imputado no discutirá personalmente el testimonio pericial, sino que

más bien, se valdrá de la asesoria y asistencia en Juicio de un profesional al cual tendrá acceso.

2.3.7 IGUALDAD DE ARMAS

La igualdad de armas se encuentra para algunos doctrinarios enmarcada dentro las garantías procesales del debido proceso; no obstante consideramos necesario analizar esta temática desde la óptica del derecho de defensa efectiva. La razón para incluir a la igualdad de armas como un apéndice del derecho de defensa es que esta garantía opera como una restricción para el aparato judicial, en el sentido de no autorizar mecanismos de acusación que no tengan una contrapartida en la defensa.

Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa). Así, los derechos de las partes no pueden sufrir limitaciones ni merma una frente a la otra, ni frente al tribunal. El sujeto pasivo del proceso, tiene derecho a conocer los medios en que funda su pretensión el sujeto activo del mismo, y ésta los medios de defensa de aquel; la igualdad de armas o posibilidad razonable de litigar en condiciones que no impliquen desventajas apreciables de una parte frente a la otra y disponer, ejercer y tener a su alcance los diferentes medios y procedimientos para aportar y administrar las pruebas de sus pretensiones, supervisar su realización, discutirla y contradecirla, y que sean examinadas y apreciadas de manera objetiva por el juez ante el cual se realiza o administra.

2.4 LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

2.4.1 EL SISTEMA DE APORTACIÓN DE PRUEBA EN EL SALVADOR

El Sistema adoptado en nuestro país el llamado régimen de la Libre convicción y aportación de la Prueba; la implicación histórica y doctrinaria más trascendental de la adopción de este régimen probatorio es el abandono de la figura eminentemente inquisitiva de la prueba tasada. De ahí que resulte necesario esquematizar el modelo probatorio que es compatible con el Sistema Procesal adoptado en el Código Procesal Penal de 1998.

En primer lugar, para referirnos en general al sistema de libre convicción creemos fundamental hacer dos reflexiones preliminares. Una primera, en torno a qué se entiende por prueba y luego una segunda, referida a cuál es la finalidad de ésta.

Sobre el primer punto, se dice habitualmente que prueba es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición o más preciso aún, la suma de motivos productores de certeza. Por su parte probar, en tanto infinitivo denota la acción que engendra prueba, es decir, puede ser definido como comprobar, voz que a su vez, significa la verificación de la exactitud de ciertos hechos.

Ahora bien, en un sentido jurídico, procesal y de finalidad en un sistema mínimamente acusatorio, ese comprobar será preferentemente de otro (de las partes y no del juez), porque a quien corresponde desarrollar principalmente esta labor es a las partes y su principal destino es convencer al juez (sin embargo no opera absolutamente el aforismo probatio fit iudici, porque se comprende que también se dirige a las propias partes que así lo requieren para poder hacer valer sus derechos. Es una exigencia mínima para que exista verdadera contradictoriedad en el juicio penal).

Es así que, podríamos decir que probar es comprobarle a otro (al juez) la verdad de un hecho, mediante su persuasión de certeza, obtenida con la prueba.

Como se ve, este intento por conceptuar lo que es la prueba y la acción de probar, entendida como comprobación de un hecho, nos remite inmediatamente al de verdad y sujeto cognoscente.

En efecto, lo anterior para que tenga sentido debe ser comprendido desde la perspectiva subjetiva, esto es, referida al sujeto cognoscente. Frente a ella este sujeto puede encontrarse en posiciones diversas, según sea su relación con la verdad. Estos estados son la certeza, probabilidad y la duda. Estados subjetivos distintos, suponen diversos resultados de la actividad de conocimiento desplegado por el sujeto.

Dicho esto último, de otro modo, la certeza expresa el juicio positivo acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien tiene certeza está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, es decir, de conocer. Esto es lo que denota la innegable naturaleza subjetiva del conocimiento y de su forma de expresión, cual es, la certeza.

La probabilidad, en cambio, sólo significa un acercamiento plausible a la verdad que se pretende conocer. Por último, la duda no es más que el estado de neutralidad o, según MAIER, de perplejidad frente a la verdad.

Luego, para el desarrollo de esta labor el sujeto trabaja sobre (en ella recae la prueba) o con una hipótesis de verdad histórica o mejor dicho con ciertas afirmaciones de hechos con pretensiones de verdad histórica, y aquí nos encontramos con el segundo punto: cuál es la finalidad del sistema de prueba, qué busca conocer mediante huellas, rastros o pruebas que se mantienen, que existen con relación al hecho hipotético que se indaga. En el caso de la hipótesis de una verdad histórica o mejor dicho con las afirmaciones que supuestamente la contienen, en el ámbito judicial, debemos recurrir al concepto de prueba, concebido como aquel sistema que importa el mecanismo idóneo

que nos permite asir dentro del proceso un cierto conocimiento sobre hechos (negativos o positivos) con efectos jurídicos procesales válidos.

Sin embargo qué concepto de verdad es a la que se puede pretender dentro del proceso penal. Algunos autores parecieran tratar de afirmar que se trata de la verdad material u objetiva o, como se ha dicho, la verdad verdadera, sobre todo en materia criminal. No obstante parece ser que el actual criterio dominante sería afirmar que la verdad material o como quiera que se le llame, es una meta inalcanzable, al menos mediante el proceso.

"BINDER plantea las dificultades para alcanzar la verdad histórico material, en tres ideas básicas. Primero alude a los instrumentos de conocimiento de que se vale el proceso penal, ellos producirían habitualmente efectos distorsionadores. Si realidades físicas son distorsionadas por los instrumentos de conocimiento o medición de éstas, cuanto más sucederá con las realidades humanas. Luego, en segundo lugar alude a la construcción del relato que es ex post, que es histórico, y ello también produciría algún tipo de distorsión, porque se debe recurrir a registros de lo sucedido o porque el transcurso del tiempo borra o desdibuja las imágenes y recuerdos. Y, en tercer lugar, porque la construcción del relato es obra del juez, trabajo que realiza desde el presente, desde una exigencia de solución apreciada como justa, dentro de un contexto y que incluye elementos subjetivos importantes referidos a la personalidad del sujeto tanto del presente como del pasado."[37]

Aparece lógico, en cambio, afirmar que si bien la verdad histórica objetiva o material no es susceptible de ser ganada con el proceso, no se debe sucumbir a la tentación de una suerte de imperio de la verdad convencional o transaccional sin límites. Al contrario, se debe aspirar como mínimo, a la existencia de ciertos mecanismos que permitan objetivar una verdad formal o

[37] Beltrán Núñez, Arturo, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, "La actividad probatoria de la defensa en el proceso penal", En "Cuadernos de Apuntes del Consejo General del Poder Judicial", Madrid, 1999.

subjetiva, a fin de legitimarla, de modo de que no campee sin límites la disponibilidad, manifestación del exclusivo y excluyente interés particular.

Ante este problema, que representa un evidente desafío a la razón, se han definido dos formas conceptuales de enfrentarlo. Uno es el sistema de prueba legal y tasada (y de oficialidad) y otro el sistema de libre convicción (y de aportación de parte).

Cuando hablamos de sistema de prueba legal y tasada (y oficialidad) versus el de libre convicción (y aportación de parte), nos estamos refiriendo a que estos sistemas proponen maneras antagónicas de ordenar lo que se denomina la actividad probatoria. Sistema de prueba se puede definir en los siguientes términos: *es aquél estatuto que regula la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiesta en la determinación de las formas y los medios por los cuales se puede arribar a una cierta verdad de los hechos; y en el modo de valorar esos medios.*

2.4.2 EL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Al analizar el sistema de las garantías en el proceso penal resulta util destacar como señala Jose Maria Tijerino que: “Los intereses tutelados por el proceso penal son de tan alto rango para la colectividad que sobre ellos no puede haber libre disposición de las partes. No caben en él transacciones, limitación alguna sobre los alcances de la investigación, presunciones, verdades subjetivamente limitadas. Cuando de justicia penal se trata no debe quedar rincón alguno donde no penetre la luz”[38]

[38] Tijerino Pacheco Jose Maria, Fiscal General de la República de Costa Rica, en conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia

Implica que el sujeto, tanto activo como pasivo del proceso, tiene el derecho a que le sean admitidas las pruebas pertinentes, oportunas y necesarias para probar sus alegatos y pretensiones ante el juez, y a utilizar y ser practicados por el tribunal, todos los medios lícitos y admitidos en el ordenamiento para aportar y administrar la prueba y para permitir su valoración objetiva por el juez.

Uno de los componentes esenciales del derecho a defensa es el de "poder aportar elementos de prueba que sirvan al objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar la prueba de cargo".[39]

"El *due process* garantiza a la parte la facultad de producir, sin obstáculos arbitrarios o irrazonables, los elementos necesarios para fundamentar las alegaciones de hecho".[40] Esta incluiría, el derecho a la "contraprueba", entendido como el derecho a contra interrogar a los testigos de la contraparte y el derecho a investigar sobre las fuentes de prueba, antes que tenga lugar el juicio.[41]

En esta misma línea, en el nuevo proceso penal Salvadoreño, el contra interrogatorio de los testigos tendría como finalidad última *desvirtuar* las declaraciones de los mismos, en otras palabras, lograr que el juez deseche dichas declaraciones como medio de prueba, que no crea en el testigo, formar en el juez la convicción de que el testigo miente o que no tiene una percepción correcta de los hechos, pues su declaración se ha visto influenciada por los elementos que mencionamos anteriormente. Esto es importante, puesto que en el nuevo procedimiento penal, tal como lo establece, *no existen testigos*

---

[39] Decap Fernandez, Mauricio, "De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco,* num. 3 (2002) p. 91; "El derecho a la defensa comprende el conjunto de oportunidades y medios procesales referidos tanto a la alegación como a la prueba que han de estar a disposición de las partes para la defensa de sus respectivas posiciones. Las partes, en atención al principio contradictorio que domina los procesos contenciosos, no deben ver obstaculizado su derecho a hacer valer cabalmente sus argumentos jurídicos y fácticos". CASAL H., José María. "Libertad Personal, Seguridad Individual y Debido Proceso en Venezuela", en *Revista Ius et Praxis,* vol. 5 Nº 1 (1999), p. 178.

[40] Carocca Perez, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal,* op. cit., p. 166.

[41] IDEM

inhábiles, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento antiguo, en el cual se podía tachar a los testigos, es decir, inhabilitarlos, restar valor probatorio a sus declaraciones.

Como hemos señalado, no existe hoy la posibilidad de tachar a un testigo, sino sólo de desacreditarlo, de desvirtuarlo, y la forma de hacerlo, es demostrando ciertas circunstancias de carácter personal (relaciones familiares, de amistad, de enemistad, intereses económicos, pleitos pendientes, etc. que puedan existir, ya sea entre el imputado y el testigo o entre el testigo y la víctima), o demostrando tal vez antecedentes del testigo, de diversas naturalezas (drogadicción, alcoholismo, reputación, condenas por falso testimonio, etc.), que lo hagan poco creíble, o si se quiere, aquellas circunstancias que alguna vez constituyeron las causales de tachas. A este tipo de información no puede accederse sino por medio del conocimiento de la identidad del testigo, el que permitirá a la defensa saber, a ciencia cierta, quien realmente es aquella persona que declara en contra del imputado, y así investigar cuáles podrían ser los puntos desfavorables a su testimonio, con la finalidad de restar valor probatorio a su declaración, es decir, de desvirtuar al testigo, y a su vez desvirtuar, por ende, su declaración.

En este mismo sentido, el profesor Mauricio Decap ha señalado que “el derecho a contra examinar a los testigos es de aquellas garantías judiciales mínimas, que, ni aun frente a hipótesis delicitivas consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas”.

Existe la posibilidad, como en muchas ocasiones ha ocurrido, de que una persona que deba declarar como testigo en un procedimiento penal o que ya lo haya hecho, sufra o pueda sufrir amenazas o menoscabo en el ejercicio de sus derechos, derivados precisamente del hecho de aportar información que incrimine al imputado en un delito determinado, ya sea como medio de presión para evitar que declare, o bien como una forma de tomar venganza por el daño provocado al imputado con su declaración. Estos derechos son, principalmente,

el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el derecho a la libertad personal y seguridad individual que nuestra Constitución garantiza a todas las personas, sin perjuicio del derecho de propiedad, el que también pudiese verse afectado, pero que para estos efectos no consideraremos, pues, por su contenido y relevancia, ofrecen mayor interés los dos primeros.

2.4.3 EL THEMA PROBANDUM U OBJETO DE PRUEBA

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, la regla en el proceso penal debe ser que ningún hecho esté exento de prueba, ni siquiera los que admita el imputado mediante confesión. No puede haber presunciones de hecho o de hombre, salvo las que establezca la prueba indiciaria, en la concepción de la doctrina que identifica indicios con presunciones "judicis" (CIANTURCO), y las presunciones legales deberán ser una rara excepción.

No obstante, los hechos evidentes y los notorios no cuestionados por ninguna de las partes deben estar exentos de prueba por resultar ésta innecesaria, y lo que no es necesario en el proceso es un obstáculo a la prontitud de la justicia.

2.4.4 LOS ÓRGANOS DE PRUEBA

Excluir a algunas personas de la categoría de órganos de prueba por razón de edad, más allá de lo que la psicología aconseja; por razón de parentesco o de otra cercana relación con el imputado, el ofendido o las partes civiles puede significar la pérdida de los testigos que podríamos llamar "naturales" en algunos delitos, como los que suelen perpetrarse en la intimidad del hogar. Por otra parte, la tacha de testigos no tiene razón de ser en un sistema de valoración de la prueba fundado en la sana crítica, el cual exige al

juez reparar en todas las circunstancias relevantes al ponderar los distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en obsequio a la verdad real y también al leal patrocinio del letrado, debe excluirse el testimonio del defensor como tal, es decir, debe separársele como defensor, puesto que el defensor, a diferencia del testigo, sí es sustituible.

2.4.5 LOS MEDIOS DE PRUEBA

La añeja polémica sobre la libertad o la taxatividad de los medios de prueba debe ser zanjada con miras a las necesidades probatorias del proceso. Ninguna limitación que impida el acceso a la verdad real, que en el contexto del proceso penal se traduce en acceso a la justicia, debe admitirse.

No obstante, cualquiera que sea el medio de prueba, nominado o innominado, dispuesto o no expresamente por la ley, debe respetar la dignidad humana en todos los aspectos que ella irradia. El concepto de prueba lícita no debe reducirse al de prueba admitida por la ley, sino identificarse con el de prueba no lesiva de derechos subjetivos, tengan éstos o no reconocimiento positivo. En este apartado existe una interrogante obvia ¿Se lesiona o no el derecho subjetivo a la adecuada defensa del imputado cuando se le oculta la identidad del medio probatorio que lo ataca en juicio?

2.4.6 EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El procedimiento probatorio, es decir, la forma como se prueba, es de importancia primaria para el debido proceso. En este procedimiento difiere sustancialmente la posición de los sujetos procesales.

a.- El juez:

A la luz del debido proceso el juez tiene potestad instructora, o sea, el poder-deber de investigar por sí mismo todas las facetas del hecho imputado, incluidas las razones de descargo del reo. A la par de esa potestad el juez tiene deberes frente a las partes, básicamente el de facilitarles la aportación de prueba, el acceso a la prueba aportada por la contraria y la crítica de la prueba.

b.- El ministerio público:

El ministerio público tiene la potestad de coadyuvar en la consecución de la verdad real, aunque ella favorezca al imputado, y la potestad de sustentar la imputación. Tratándose de un órgano público no cabe hablar de derecho subjetivo de probar, para referirnos al poder que tiene el ministerio público de aportar pruebas de cargo. Pero ello no puede significar que esa potestad le pueda ser lícitamente burlada por el juez, ya que la ley se la ha concedido en pro de la dialéctica del proceso, del contradictorio, camino óptimo para llegar a la verdad.

c.- El imputado:

El imputado, por su parte, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado como está por la presunción de inocencia que lo libera de la carga probatoria.

Sin embargo, una vez que el acusador ha sustentado con pruebas la acusación, corresponde al imputado respaldar de igual forma la negación de los cargos. Aunque en este caso, para evitar la condena, no es necesario que la prueba aportada refute plenamente la de cargo. Basta con que dé lugar a la duda para que sea procedente la absolución con base en el principio IN DUBIO

PRO REO, mediante el cual el afán de justicia contiene su ímpetu ante el horror de la condena del inocente.

Los derechos del imputado en lo que toca a la prueba constituyen un haz, entre los cuales está, en primer lugar, el derecho a conocer las pruebas de cargo, a efecto de poder refutarías. Dichas pruebas deben ser puestas en conocimiento del acusado en el momento mismo de la intimación o instrucción de cargos, acto procesal cuyo contenido es tripartito: hechos que se imputan, pruebas que los fundamentan y derechos que le asisten al reo en relación con la imputación. Basta la ausencia de uno de estos tres elementos para que no haya intimación, lo que significa en última instancia indefensión.

Si bien el imputado no está obligado a probar su inocencia o su menor responsabilidad, como ya señalamos, tiene el derecho de hacerlo. Se desconoce tal derecho cuando las autoridades rechazan antojadizamente las pruebas ofrecidas por el inculpado. La vocación del juez por la justicia puede medirse por el grado de receptividad que muestre hacia la prueba de descargo, verdadera piedra de toque de cualquier cuadro probatorio incriminador. Esto no significa, sin embargo, para el juez el deber de recibir toda la prueba que ofrezca la defensa, aun la impertinente o inútil.

También el camino de la injusticia puede estar empedrado de buenas intenciones; por eso, sólo la prudencia del juzgador podrá hacerlo llegar a puerto seguro en medio de las asechanzas que le tienden los persecutores rabiosos y los defensores sin escrúpulos.

Derecho a la prueba para el imputado es también el derecho de controlar la legalidad del procedimiento probatorio. La prueba no debe ser evacuada a espaldas de las partes, salvo aquella cuya práctica requiere condiciones especiales de concentración y tranquilidad, como las peritaciones. Pero el resultado de éstas, con sus fundamentos, debe ser puesto a disposición de los interesados a la mayor brevedad posible. Otra excepción resulta de la

necesidad de guardar el respeto que merece el pudor de las personas y su ámbito de intimidad, como en el caso del registro corporal y domiciliario.

Por último, el imputado, como parte en el proceso, tiene el derecho de hacer la crítica de la prueba. Es decir, de analizarla y refutarla o destacarla, según considere pertinente.

El defensor, por su parte, tiene prácticamente los mismos derechos probatorios del imputado, a cuyo servicio se encuentra; pero a la vez y precisamente por prestar un servicio, que no es sólo de interés individual sino también social, tiene un deber primario ante su patrocinado y ante la sociedad: el deber de la parcialidad, que no debe ser torcidamente entendido como una justificación del favorecimiento de la impunidad del crimen, sino como lealtad hacia su cliente, la cual debe revelarse por el interés puesto en ofrecer y hacer que se evacue la prueba de descargo, en no ofrecer nunca prueba que incrimine a su defendido, en refutar cumplidamente la prueba de cargo, para que mostrando los puntos débiles de ésta obligue e al juez a hacer una ponderación

2.4.7 LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la evidencia, fuente de prueba a aquellos medios que en concreto se utilizan en un proceso (v.gr., tales peritos, testigos o documentos) y prueba al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o a destruirlo -v.gr., declaraciones de un testigo, dictamen de un perito- veremos que los medios de prueba por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen (entendido como iniciativa) -a propuesta de la

acusación, de la defensa, por decisión del juez-, pero no por su resultado -el testigo propuesto por la acusación hace declaraciones que favorecen al acusado o sucede lo contrario-. En fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado cualquiera que sea su origen y así serán pruebas de defensa las que lo sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo. La prueba de descargo puede tener muchos fines. Entre otros:

a) Preservar o reforzar la presunción de inocencia. Si ésta conlleva que ni la participación en los hechos ni la concurrencia de los elementos del tipo se presumen, sino que han de demostrarse suficientemente por quien acusa, la prueba de descargo puede dirigirse a la demostración de la atipicidad de los hechos, de la no participación en los mismos, o a ambas cosas, bien mediante la demostración de la falsedad o ilicitud de las pruebas de cargo, o de los embriones de las mismas que pueden trocarse en prueba de juicio, bien mediante su puesta en sospecha por oposición a otras pruebas, bien por la demostración directa de la inexistencia de participación en los hechos, o de la ausencia de un elemento del tipo.

b) Demostrar la inexistencia o disminución del injusto imputado o de la culpabilidad del partícipe.

c) Mejorar las medidas cautelares adoptadas sobre la persona o los bienes del imputado.

Común a todas ellas es que sólo tienen sentido cuando la presunción de inocencia ha sido atacada o puesta en duda. La presunción de inocencia aunque como derecho fundamental es predicable de todos, como derecho reaccional, su concreto ejercicio, sólo tiene sentido desde que existe una acción previa con carga de imputación de una infracción penal (o de otro orden). Nadie proclama su derecho a la presunción de inocencia sin una imputación previa. Las características de esta imputación (de particulares, denuncia, imputación judicial, acusación en sentido estricto) son secundarias. Con la primera imputación aún sin ser admitida judicialmente a trámite, si tiene visos de serlo,

nace la presunción de inocencia. Por ello, porque se trata de presuntos inocentes, no cabe detener a denunciados o no procesados, sino cuando existen motivos racionales suficientes para creer en la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito y también para creer que la persona a la que se intenta detener tuvo participación en él. Ahora bien, si la presunción de inocencia tiene tan inicial momento de nacer, ha de concluirse que desde el mismo momento nace el derecho a presentación de pruebas de descargo. Pues así como la culpabilidad sólo puede declararse por sentencia firme, la inocencia o, al menos, la afirmación de que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada puede proclamarse en cualquier momento. La prueba de descargo puede tender a poner fin a un proceso antes del juicio, y también a poner fin a una situación de detención (incluso policial) o de prisión.

No es cosa de recordar ni aún de resumir ahora toda la doctrina y la jurisprudencia que enmarcan los conceptos de prueba lícitamente obtenida y de prueba válidamente aportada al proceso en condiciones que permitan la contradicción. Pero parece que puede afirmarse que todas las teorías han venido apuntando principalmente a los requisitos de obtención, incorporación y posibilidad de contradicción de la prueba de cargo. *¿Son aplicables esas teorías, esa doctrina, esa jurisprudencia a la prueba de descargo?* Si lo son, *¿en la misma medida que a la prueba de cargo?*

Entendemos que la diferencia de tratamiento entre la prueba de cargo y la de descargo puede responder a dos razones de orden jurídico (las hay también de orden moral):

La primera, es que, así como la condena requiere, sin perjuicio de otras condiciones, un juicio de certeza fuera de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado (entendida como participación en un hecho típico) la absolución y las resoluciones asimilables a la misma, no requieren un juicio de certeza sobre la inocencia, bastando una mínima probabilidad razonable de inocencia. Una duda en lo desfavorable -cargo- sobre la fiabilidad de la prueba

debe hacer que ésta se ignore. Una duda en lo favorable -descargo- sobre dicha fiabilidad, no excluye la posibilidad de que el resultado de la prueba se acomode a la realidad.

La segunda es que acusación y defensa no mantienen una relación simétrica, sino asimétrica a lo largo del proceso. No existe un derecho fundamental a la acusación (si acaso a la tutela judicial, pero éste es un derecho genérico de todas las partes en todo tipo de proceso) ni existe, por supuesto, un derecho fundamental a la presunción de culpabilidad. Por el contrario, existen los derechos fundamentales a la defensa y a la utilización de las pruebas pertinentes para la misma y a la presunción de inocencia. La prueba de descargo pertenece a la esencia misma del derecho a la defensa, y coincide con la prueba de defensa al tiempo que tiende a reforzar la presunción de inocencia. La prueba de cargo no cumple estas condiciones, sino que se opone a ellas. En la prueba de descargo, ilícitamente obtenida o aportada al proceso, habrá siempre un conflicto de intereses entre la ilicitud por quiebra de la legalidad fundamental o no y la preservación de otros derechos fundamentales, que permite inclinarse en favor de éstos. En la prueba de cargo no hay tal conflicto.

2.4.8 PRINCIPIOS PROCESALES BÁSICOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA NORMALMENTE

El instituto de protección de testigos es una incorporación relativamente reciente en el ámbito del derecho penal nacional. Su consagración legal (junto a otras figuras relacionadas o afines como el criteriado o el agente encubierto, a título ejemplar) implica una verdadera innovación en materia de política criminal. De entrada, las consideraciones sobre su utilidad, sus características, y sus implicancias lejos están de ser unánimes por referirse a institutos tributarios de

sistemas foráneos que, en ocasiones, no se rigen por los principios generales de nuestro derecho positivo. Su *actualidad,* entendido el término como el interés que suscita una cuestión nueva y aún sujeta a debate y discusión, se acentúa si se tiene en cuenta que en términos jurídicos no hay consenso doctrinario y jurisprudencial respecto a su validez constitucional y legal. A su vez, desde un punto de vista eminentemente práctico todavía hay mucho por hacer en cuanto a la cobertura real y efectiva de esta clase de testigos en los organismos encargados de su guarda.

Pero antes de seguir adelante en cuestiones que luego serán desarrolladas es pertinente señalar que la protección de testigos es el resultado de incorporar nuevas herramientas en la lucha contra el delito organizado, sumado ello, a las dificultades que en ciertas circunstancias trae aparejado el hecho de testificar para quien esta llamado a cumplir con dicha requisitoria (léase el testigo) y la importancia que dicho testimonio puede llegar a tener para la investigación (sea en el inicio o en el desarrollo) y, eventualmente, en el esclarecimiento de determinada clase de actividades ilícitas.

Sin embargo, como ya ha sido señalado, esta figura no esta exenta de cuestionamientos y lejos se encuentra de generar una aceptación pacífica en el ámbito judicial o entre las distintas manifestaciones de la doctrina. En concreto, la protección de testigos ha tenido diferentes interpretaciones por parte de nuestros tribunales en oportunidad de su aplicación, llegándose a discutir su constitucionalidad, todo ello en el marco de un debate que tiene en cuenta, por un lado, la seguridad de la vida de un testigo y el valor eficacia en la persecución penal, y por el otro, el respeto a las garantías del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio. A modo de anticipo se puede señalar que buena parte de los reproches pasan por considerar que los testigos protegidos son, “en determinadas circunstancias, sustraídos a la apreciación del imputado, lo que para dicho sujeto del proceso equivale a la sustracción de derechos constitucionales, como lo son los derechos de defensa y de debido

proceso legal. Al no poder conocerse la identidad de los testigos, cuando ésta es la medida de protección utilizada, se impide el eventual cuestionamiento de dicha persona, y básicamente el control de la prueba, según afirman los opositores al instituto."[42]

"El 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 (referencias de terceros, lecturas, entre otros) en cuanto proceda a sus sentidos" [43]. No obstante, es cuestionado el testimonio que no es producto de la adquisición directa, ya que de otra forma no se trata de una prueba directa, sino que se trae algo percibido por otro, que en todo caso, sería el testigo en sentido propio.

Por su parte, Abalos entiende que, "Para que el testimonio sea directo, no es necesario que la persona haya visto efectivamente cómo han sucedido los hechos; basta la percepción parcial o total por cualquiera de los sentidos. Piénsese en aquél que escucha determinado número de disparos en la noche. Este tipo de testigo trae elementos corroborantes respecto de lo que puede saber otro testigo presencial"[44]. De todas maneras todo testimonio puede tener algún valor procesal que será establecido judicialmente.

Otra definición posible, tomada de Leone, es por la negativa: "El testigo no es perito, no es imputado, no es el juez: es aquel que sabe cosas que pueden influir en la reconstrucción de la incidencia judicial: es un extraño a los hechos objeto del proceso, pero un extraño que sabe cosas que debe decir y sobre cuya deposición debe recaer la valoración crítica y la decisión del juez"[45].

---

[42] Klass Ezequiel Ernesto, "La Protección de testigos en el proceso penal", Tesis de Grado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano, Córdova, Argentina, Abril 2004, p. 13
[43] Creus, Carlos - Derecho Procesal Penal, Edit. Astrea - 1996
[44] Abalos Raúl W., Código Procesal Penal de la Nación, Argentina, Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo - 1994
[45] citado por Donna, Edgardo-Maiza, María Cecilia, Código Procesal Penal, Edit. Astrea - 1994

El testigo, en tanto persona física -no podría ser persona de existencia ideal, en los términos del Código Civil- y capaz, brinda su saber a través del testimonio, que es el aporte de conocimiento que da al órgano jurisdiccional de todo lo que percibió a través de sus sentidos en relación al hecho por el que se le pregunta. Su testimonio debe estar libre de opiniones o conjeturas, salvo que tengan íntima conexión con el hecho.

Dentro del espectro que reúne a los diferentes medios probatorios, el valor de la prueba testimonial es considerado de gran trascendencia en el proceso penal. Su importancia puede llegar a ser vital. En su obra "La Crítica del Testimonio", Francois Gorphe plantea: *"Los testigos –decía Bentham* (Jérémie)- *son los ojos y los oídos de la justicia". Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba. Su importancia en materia penal es considerable; frecuentemente es la única base de las acusaciones. Como pueden depender de ella intereses de consideración, como el honor de un hombre, y quizá su condena a muerte, es de una importancia evidente y primordial examinar con cuidado el valor de este medio de prueba, preferentemente en materia penal*[46].

En otra autorizada apreciación se resalta su carácter protagónico e irremplazable al señalarse que el testigo es una persona "...insustituible, nota no común para los otros órganos de prueba. (...) En materia penal, es el colaborador más importante para la adquisición de la prueba, por cuya razón su intervención en el proceso se impone con las menores restricciones posibles"[47].

2.4.9 EL TESTIMONIO EN CONCRETO

[46] Gorphe, Francois – La Crítica del Testimonio, 5ta. Ed., Inst. Ed. Reus S.A. 1971. Madrid-España
[47] Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediar. S.A. Editores - 1963

Resumimos entonces que *El testigo* es toda persona física ajena al proceso, citada por el órgano de investigación a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para la investigación y constancia de la perpetración de los delitos.

Señala MITTERMAIER que “las facultades intelectuales, los hábitos prácticos y la experiencia adquirida tienen una influencia notoria y directa en las observaciones de los testigos. Otros factores contribuyen además sobre la fiabilidad y certeza del testimonio entre ellos el transcurso del tiempo desde la realización del hecho o desde que sucedió el hecho hasta que se produce la declaración.”[48]

Es necesario buscar por todos los medios que el testimonio sea fiable y así se refuerza y estimula el recuerdo y la obligación de ser veraz con el juramento o promesa

Son muchas las variables que influyen en la exactitud de los recuerdos que tiene un testigo presencial de un hecho. Es indudable en este orden de cosas que han de utilizarse, como dice la doctrina psicológica científica, las tres fases clásicas del procesamiento de la información humana: codificación, almacenamiento y recuperación. Estas variables son difícilmente controlables por el juzgador, pero en la medida en que este control pueda llevarse a cabo, sólo puede hacerlo quien bajo la inmediación y la contradicción puede ver, oír y percibir las reacciones de quienes declaran, constatando los datos que hayan de servir para determinar el grado de verdad a través de la verosimilitud.

Así, el tiempo de exposición del autor ante el testigo, que el referido autor sea o no conocido del testigo y grado de conocimiento, la raza del reconocido (es más difícil de reconocer un negro, por ejemplo, entre varios negros, que uno blanco entre blancos, y a la inversa para un negro), circunstancias físicas del reconocido (normalidad o anormalidad), que se trate de un testigo víctima o

[48] MITTERMAIER, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929, p. 72

testigo espectador, la ansiedad experimentada al observar el suceso, las condiciones de observación, datos que inciden en los procesos de codificación y almacenamiento.

Carlos Climent Duran en su Obra “La Prueba Penal” expresa (en una aplicación directa de la teoría del garantismo procesal penal) que “los principios procesales condicionan la valorabilidad de la prueba testimonial”[49]

A continuación expone cuales son esos principios, que de no ser respetados en la producción de la Prueba testimonial, que es la que nos ocupa, harían que se le restara valor y efectividad, siendo estos:

a) Principio de Inmediación: La prueba testifical ha de practicarse siempre que sea posible ante la presencia del Tribunal Sentenciador

b) Principio de Contradicción: La prueba testifical, al igual que cualquier otra, ha de producirse contradictoriamente, o sea, ante la presencia física del acusado, quien a través de su abogado ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder contra interrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación publica.

c) Principio de Oralidad: Se satisface mediante la comparecencia personal de los testigos durante el acto del juicio oral, contestando de viva voz a las preguntas que las partes acusadora y defensora le hagan, todo lo cual es oído por el tribunal sentenciador, como destinatario final de la declaración.

d) Principio de Publicidad: Toda declaración ha de hacerse durante el juicio oral y ante la presencia no solo de las partes, sino también del público en general, lo que constituye una manera eficaz de controlar lo que ocurre en el juicio.

Cabe destacar que el proceso penal salvadoreño esta diseñado como un sistema de garantías procesales en los que se enuncian y reconocen los principios que la doctrina exige. No obstante, en la realidad estos principios no

[49] Climent Duran Carlos, “La Prueba Penal, Doctrina y Juriscprudencia”, Edt. Tirant Le Blanh, España 1999.

son atendidos, y el resultado es el atropello de una garantía constitucional y en consecuencia la violación de un derecho subjetivo del imputado, a saber, su defensa ante el poder punitivo del Estado.

Por ultimo pero no menos importantes, señalamos un aspecto que aunque Climent Duran no destaca, otros grandes tratadistas tales como Mittermair, Maier, Carnelutti y otros mas expone, “La Comunidad de la Prueba”, el implica que cualquier elemento probatorio propuesto por cualquiera de las partes en el proceso es común a las demás y no puede dejar de valorarse por renuncia de una de ellas. También abarca el hecho que, un medio probatorio introducido al proceso penal, debe estar a la disposición para su análisis y uso por parte de todos los involucrados en el juicio sin distinción de quien lo ofreció.

2.5 CONSIDERACIONES BÁSICAS DE LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS, TESTIGOS Y PERITOS EN EL PROCESO PENAL.

*“Creemos que ser testigo no puede ser nunca una desgracia o una consecuencia desventajosa para la persona. El testigo es un órgano de prueba; es una pieza fundamental de proceso y debemos ampararlo y protegerlo para que su intervención no suponga una alteración profunda de su vida, de su trabajo y de su circunstancia (...) La experiencia nos indica que muchas veces los testigos son víctimas de amenazas, seguimientos, agresiones personales. Contemplamos entonces un sistema que les da protección para que no sufran a causa de su colaboración”***,** (del informe del Ministro de Justicia de la Republica Argentina Dr. León Carlos Arslanián, ante el Senado de la Nación en la sesión del 21 de Agosto de 1991).

Un sistema de impunidad alienta una atmósfera de comportamiento poco ético, fraude y corrupción. La acusación formal asegura que el sospechoso de un delito sea procesado en una corte y sentenciado si es encontrado culpable.

Un procesamiento exitoso de los criminales es una parte esencial de una sociedad basada en el imperio de la ley. El procesamiento y sentencia de los infractores los hace responsable de sus acciones y sirve como medio de disuasión para quienes estén pensando en actividades ilegales.

En la mayoría de los sistemas, el procesamiento se realiza de acuerdo al sistema del derecho penal. Este régimen regula la conducta de los individuos, determina los crímenes y castigos. En los casos criminales, el procesamiento es realizado por el gobierno ya que, en la mayoría de los casos, los actos criminales son considerados violaciones contra el orden público.

Es muy importante que todo sistema sea íntegro en la administración de justicia. Esto significa que las leyes son igualitarias y justas. Los procedimientos se derivan del marco legal y protegen los derechos civiles y políticos de los implicados. Los fiscales, jueces y jurados siguen los procedimientos y conservan el más alto nivel de comportamiento profesional y ético. A los acusados se les respetan sus derechos de procedimiento.

La protección de los derechos de los acusados y asegurar que sea seguido el debido proceso, son principios esenciales de la integridad. La integridad en la administración de justicia asegura que las atribuciones de la policía y de las agencias responsables de hacer cumplir la ley no son utilizadas por razones políticas o personales, y que aquellos acusados de un crimen cuentan con una oportunidad justa para defenderse.

Los derechos del acusado normalmente incluyen el de enfrentar o carearse con sus acusadores frente al tribunal. Esto significa que los testigos comparecen personalmente y están disponibles para un interrogatorio por ambas partes. Este puede ser un procedimiento totalmente público. En países con un historial de conflictos violentos o con serios problemas relacionados con el crimen organizado, algunos testigos pueden tener miedo de declarar. Pueden tener miedo de ser asesinados o de algún otro acto violento en su contra o de sus familias.

Los testigos en estas condiciones requieren protección. La capacidad de los distintos sistemas legales para brindarla difiere considerablemente. En Canadá, por ejemplo, la identidad de los testigos puede ser protegida en algunos casos. En los Estados Unidos, el sistema de protección de testigos incluye su reubicación y cambios de identidad. Otros sistemas pueden ofrecerles a los testigos protección armada durante el juicio. En los países que cuentan con menos recursos o una débil administración de justicia, la protección de testigos puede ser difícil.

María Teresa García Quesada, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n. º 5. Palma de Mallorca, España, señala “entre las implicaciones sociales del sistema judicial y los testigos, especialmente cuando son la victima misma que figura desde dos ángulos, lo siguiente:

1. º Impacto psicológico: evidentemente, no entra en lo razonable la agresión por parte de un extraño, la agresión extemporánea, inesperada e injustificada que dependiendo de la edad y demás circunstancias del sujeto puede ocasionar un auténtico trastorno psicológico, siquiera transitorio.

2. º El Juzgado: el contacto, muchas veces el primero en sus vidas, con la mecánica primero policial y judicial después. Las citaciones, las esperas, los interrogatorios, el vocabulario profesional, las exhaustivas relaciones de los bienes sustraídos, los reconocimientos médicos, la identificación de los presuntos culpables; en definitiva, una considerable «pérdida de tiempo» y una primera visión de la maquinaria de la justicia que suele ser, lamentablemente con razón en muchos casos, decepcionante.

3. º El juicio oral: también por desgracia en muchos casos señalado por primera vez «demasiado» tiempo después de ocurridos los hechos.

4. º La declaración testifical en si misma en el acto del juicio.

5. º La Sentencia que, ya sea condenatoria o absolutoria, sigue siendo para un importante sector de la población «críptica», incomprensible y a

menudo demasiado benigna a su parecer para el mal que a él, a la víctima, se le ha causado.

6. º La Ejecutoria: la anhelada y muchas veces perentoriamente necesitada recuperación del daño causado y que en tan pocas ocasiones llega a hacerse efectiva, comunicando al perjudicado que ha sido dictado Auto de Insolvencia, simple y llanamente, que no va a cobrar; sin que el Estado hasta la fecha intervenga para paliar el perjuicio, si bien está prevista esta posibilidad en las antes referidas Proposiciones de Ley"[50]

Los testigos desempeñan un papel esencial en el enjuiciamiento de los delincuentes, porque de su cooperación con las autoridades suele depender el éxito de las actuaciones penales.

Si bien algunos testigos son personas inocentes que relatan lo que vieron durante una investigación o juicio, otros son delincuentes que testifican contra otros acusados a cambio de una sentencia más benévola. Más allá de quiénes son y por qué cooperan, los testigos son vulnerables a la intimidación y las represalias. Por lo tanto, deberían dictarse leyes y establecerse mecanismos para apoyarlos y protegerlos; de lo contrario, se debilitarán la seguridad de las personas y el sistema de justicia penal.

La protección de los testigos es una cuestión amplia que requiere una variedad de respuestas, incluida la asistencia a las víctimas y los testigos, la seguridad en los tribunales, la protección en el corto plazo y los programas de protección de testigos. Otra respuesta, que se está poniendo en práctica en un número cada vez mayor de jurisdicciones, consiste en eximir a los testigos de declarar en los tribunales y permitirles que lo hagan mediante el uso de tecnología de comunicaciones, como las videoconferencias. Todas estas

[50] García Quesada, María Teresa, "El miedo de los testigos", en Cuadernos de Apuntes del Poder General Judicial, España, 1999.

medidas cumplen objetivos diferentes, requieren recursos y conocimientos especializados diferentes e implican riesgos diferentes.

Apoyar y proteger a los testigos es una tarea de particular importancia en los casos relacionados con la delincuencia organizada, en los que resulta difícil identificar y enjuiciar a los delincuentes y en los que las personas que participan de las actuaciones penales suelen recibir amenazas.

La naturaleza transnacional de la delincuencia organizada constituye un problema adicional que exige la cooperación interinstitucional e internacional para que las actividades de protección de testigos sean eficaces. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional provee un marco para esta cooperación y obliga jurídicamente a los Estados partes a proteger a las personas que testifican. Los gobiernos podrían hacerlo, por ejemplo, firmando acuerdos recíprocos para admitir a ciudadanos extranjeros en programas de protección de testigos y promover la asistencia judicial recíproca. El intercambio de prácticas óptimas referidas al apoyo y la protección de los testigos en los ámbitos legislativo, del ministerio público y de aplicación de la ley también podría servir para ayudar a crear programas de protección de testigos en los países donde no existen, o a fortalecerlos donde son deficientes.

A este fin, en 2005 y 2006 la ONUDD convoco reuniones regionales de expertos sobre apoyo y protección de testigos. Con la información que se obtuvo de estas reuniones, se elaborará un manual de buenas prácticas que abarcará los aspectos jurídico y operacional. También se elaborarán materiales de capacitación para las autoridades judiciales, del ministerio público y encargadas de hacer cumplir la ley.

2.5.1 CRITERIOS OPERATIVOS DE LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS

Resulta necesario aseverar que los mecanismos de protección de testigos no admiten errores. Únicamente se puede ejecutar un programa de protección de testigos sin atropellar las garantías constitucionales bajo ciertos criterios razonables y jurídicamente comprensibles.

a) La protección de testigos, por ser una medida excepcional, no debe otorgarse por cualquier clase de delito. Solamente algunas circunstancias concretas dan lugar a la protección de testigos. La mayoría de países democráticamente avanzados (USA, CANADÁ, ARGENTINA, UK) conceden el régimen de protección cuando los delitos ventilados tienen relación con el narcotráfico, el crimen organizado o la corrupción gubernamental. La razón principal es que es en estos casos donde el testigo se enfrenta a una estructura socialmente poderosa, circunstancia que potencia el nivel de riesgo de su persona y de su familia. Grave error seria al adoptar las medidas de protección como una norma de aplicación estándar para todo tipo de delitos comunes. El mantener en el anonimato a los testigos en cualquier clase de delitos, sin hacer diferenciaciones, es –curiosamente- típico en los países en los que se experimenta un subdesarrollo notable en materia de derechos humanos y en los cuales las instituciones de investigación y acusación (Policía, Ministerio Publico) siguen sumidas en el sub-desarrollo (Perú, Colombia, Chile, Ecuador, Indonesia, El Salvador etc.)

b) Los regimenes de protección deben ser administrados por el poder Jurisdiccional. No hay nada de malo en que el Estado utilice su fuerza y sus recursos en proteger a los testigos (es su obligación hacerlo). No obstante el sistema democrático de pesos y contra pesos, apunta a que los programas de protección deben ser administrados y otorgados por el órgano judicial. Afirmamos esto, pues en todos los países en que el modelo de protección a testigos se ha implementado, se reconoce que la protección del testigo implica limitantes (a menor o mayor grado dependiendo de la normativa de cada país) a la actividad de la defensa del imputado; esas limitantes, así como cualquier

otra acción encaminada a disminuir las garantías del imputado, debe decidirse en sede judicial y no en el órgano ejecutivo. La forma como opera el régimen de protección en USA, CANADÁ, UK, ESPAÑA, HOLANDA, ARGENTINA, ITALIA, MÉXICO, COLOMBIA etc, nos da la razón en este apartado.

c) El anonimato del testigo no es la única medida de protección, es la más restrictiva y la menos efectiva de las medidas.

d) Los programas de protección de testigos, que son efectivos, implican un gasto considerable de fondos estatales. Se requiere de una adecuada política fiscal que permite extraer fondos de erogaciones innecesarias y desviarlos hacia programas de protección efectivos.

2.5.2 LA CUESTIÓN DEL ANONIMATO DEL TESTIGO

El anonimato o justicia sin rostro por parte de los testigos puede darse en una doble dirección. Primero, el que hizo la denuncia y segundo el o los agentes infiltrados que producen las pruebas.

En el primer caso una garantía absoluta es reservada, en el segundo, una hipotética posibilidad de comparecencia es abierta. El anonimato es por tanto, parte integrante de un principio procesal en el caso que nos ocupa. Él es elevado a nivel de principio procesal.

El objetivo enunciado en el proyecto es la seguridad del testigo, lo cual es correcto en la medida en que puede existir una necesidad si el testigo se enfrenta a servicios de seguridad, bandas delictivas o para policiales o paramilitares o cuando se esté frente a procesos en que están en juego inmensos intereses económicos y financieros de grandes empresas. Y esto sin dejar de lado que también un grupo terrorista puede tener interés en la eliminación física de un tal testigo o fuente de información.

Pero como ya lo habíamos señalado anteriormente, esta situación tiene que ser excepcional y solo cuando las circunstancias impelen a tomar una tal medida. No olvidemos por otro lado que el proyecto de ley institucionaliza de una cierta manera la delación, que puede tener giros inesperados, sobre todo teniendo en cuenta que existe la posibilidad de obtener una cierta recompensa pecuniaria.

Ahora bien, cuales son las garantías reales de que la excepción en materia de testigo sin rostro no sea la regla. No perdamos de vista que una sola denuncia bastaría para iniciar las investigaciones e infiltrar las personas u organizaciones designadas. Tampoco se podría descartar una condenación en base de una sola fuente, a falta precisamente de confrontación contradictoria con la fuente directa de la prueba aportada.

El principio de anonimato es, por otro lado, muy relativo para la seguridad de los testigos. Podríamos citar el caso colombiano en el cual, testigos secretos que han tomado parte en procesos contra bandas paramilitares o miembros de la Fuerzas represivas y que han sido testigos directos de masacres y asesinatos, han sido a su turno asesinados. Una complicidad del aparato judicial no es tampoco a descartar. Este peligro, en el caso del proyecto de ley, en el marco de una duda razonable, no sería despreciable. La existencia de este mecanismo procesal vuelve casi inexistente el derecho a la defensa en los que a las pruebas se refiere.

No olvidemos que en un Estado democrático (aunque se de en un marco restringido) este no puede dejar de ignorar ciertas reglas que garantizan un justo proceso u otras garantías procesales y democráticas. Desde este punto de vista, no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos humanos. El Estado debe poner a disposición de todos los ciudadanos las herramientas procesales adecuadas y los instrumentos jurídicos necesarios que garanticen libertades consagradas en el derecho interno e internacional.

Según este ultimo, "... los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna... " (art. 1,1, Pacto de San José de Costa Rica).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy explicita en cuanto a los alcances de lo contenido en dicho artículo. Ella ha aclarado que " la primera obligación asumida por los Estados partes... es de respetar los derechos y libertades reconocidos por la convención. El ejercicio de la autoridad pública tiene ciertas limitaciones debido al hecho que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad de la persona... "..La obligación de respetar los derechos y garantías contenidos en la Convención significa un deber de abstención, una obligación de no hacer para el Estado. Este no debe realizar ningún acto (comprendido un acto legislativo interno) que pueda violar las dichas garantías y derechos consagrados.

Por otro lado, no basta con que un Estado se abstenga de realizar tal o cual acción. El Estado tiene el "... deber de organizar el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras por intermedio de las cuales se ejerce el poder público, de tal manera que el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sean asegurados sobre el plan jurídico...".

Una ley del tipo que hemos permitido que se aprueba, sería compatible con la obligación de protección, que tiene el Estado sería compatible con la obligación de organizar el aparato estatal de manera eficaz, pero no seria compatible con la de garantizar el respeto pleno de los derechos humanos.

Después de haber visto el contenido de dicho proyecto, que analizaremos mas adelante en este proyecto de investigación y sus consecuencias posibles sobre las garantías democráticas, dudamos enteramente de una tal compatibilidad, porque se estaría organizando el aparato estatal con otros fines que los reconocidos en la convención citada.

2.5.3 VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO

Tal y como ha declarado el tratadista chileno Mauricio Decap Fernández "El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos y el derecho de defensa. De lo que se trata es de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho de defensa, a fin de establecer cuándo, a propósito de la protección de la víctima o el testigo, habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima. Y el límite parece estar en la posibilidad del contra interrogatorio del testigo protegido. Admitiendo incluso la posibilidad de que la intensidad de la protección alcance a la identidad del testigo, lo que correspondería sería revisar la valoración que de esa prueba efectúan los jueces del juicio, en directa proporción a la mayor o menor posibilidad de contra interrogar que ha tenido la defensa"[51]

El testigo tiene en efecto el derecho a que se le proteja y "La existencia de esta obligación del Estado es imprescindible e innegable, desde que los dos objetivos principales del procedimiento penal, dentro de un Estado democrático de derecho, son contribuir a la eficacia de la persecución penal de los hechos delictivos y respetar al máximo, en el juzgamiento de esos hechos, los derechos de los sujetos involucrados. El testigo es una pieza fundamental de un juicio donde está en juego la culpabilidad o inocencia de una persona, y si está bajo alguna amenaza, sea de muerte u otra distinta, debe estar protegido bajo

[51] Decap Fernandez, Mauricio, "De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco,* num. 3 (2002) p. 91;

alguna medida de seguridad, pero que no sea atentatoria de los derechos del imputado".[52]

En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración. Es decir, nuestro legislador ha establecido como *regla general* en el procedimiento penal el conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa.

En México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece esta medida de protección bajo circunstancias de evidente riesgo para el testigo, y hasta el ejercicio de la acción penal, es decir, ejercida ésta, la medida es levantada.[53]

Respecto de esta disposición, el mexicano García Ramírez señala que este precepto es inobjetable desde el punto de vista del testigo, pero criticable desde el del imputado, en la medida que reduce sus posibilidades de defensa en la averiguación previa.[54]

Elisa Andrea Génova Espinoza señala que "La posibilidad de mantener en reserva la identidad de los testigos en el juicio penal oral ha sido objeto de ciertas críticas por la doctrina. Así, se ha señalado que "la aceptación de testigos secretos atenta contra los principios básicos de publicidad y defensa propugnados por nuestro código" (refiriéndose al código penal chileno)[55]

---

[52] Genova Espinoza Elisa Andrea, "La Reserva de Indentidad de los Testigos, El Derecho de Defensa y el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno", Tesis Doctoral, Universidad Catolica de Temuco, Chile 2004, pag.25

[53] El artículo 14 de esta ley establece: "Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal".

[54] Garcia Ramirez, Sergio, citado por GARCÍA, Heriberto Antonio, "El Testigo Protegido y los Derechos Humanos", en http://www.cedhoax.org/aprenda/art004.htm. [Sitio visitado el día 23 de agosto de 2006].

[55] Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 31.

"Además se ha señalado que la defensa debe ejercerse teniendo presente como elemento esencial, el cumplimiento de los estándares de la defensa penal, los que obligan a tener en cuenta y respetar todas las posibilidades que las normas procesales, la Constitución y los tratados internacionales ratificados otorgan para asegurar el cumplimiento de las garantías procesales y de la legítima defensa. Es por ello que sería absolutamente *ilegal e ilegítima* la figura de los testigos de identidad reservada"[56]. Por otra parte, al ser desconocida para la defensa la identidad del testigo, no habría posibilidad de hacer valer su responsabilidad en caso de cometer el delito de falso testimonio.[57]

Se ha advertido, a su vez, que si se contrasta la figura del testigo de identidad reservada con el derecho al debido proceso, derecho de defensa y contradicción de la prueba, se quebranta de manera flagrante el derecho constitucional al debido proceso, y que pretender dar validez y eficacia a las manifestaciones de un testigo cuya identidad es desconocida por la defensa, conspira contra la posibilidad de que la misma controvierta ese medio de prueba, no solamente mediante el interrogatorio directo al testigo, sino a través de la valoración crítica de sus condiciones personales, familiares y sociales, lo que violaría al derecho constitucional que toda persona posee dentro de un

[56] "Es absolutamente ilegal e ilegítimo que la defensa no tenga posibilidad alguna de hacer relevante ante el Tribunal de Juicio Oral todos aquellos elementos que puedan afectar la credibilidad del testigo, lo que resulta imposible de hacer tratándose de testigos secretos o 'sin rostro'. Frente a estas situaciones la defensa se enfrenta a la posibilidad de que personas asistan a mentir ante un Tribunal y la defensa carezca de toda herramienta legal para impedir que ocurra, y también para lograr que se sancione dicha conducta [...]", en "Derrotas Jurídicas en la Acusación contra los Mapuche. http://www.argenpress.info/nota.asp?num=009525. [Sitio visitado el día 13 de Junio]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32.

[57] GELVEZ, Fernando, "Testigos de Identidad Reservada" en http://www.juschubut.gov.ar/buscador/ boletinjudicial/boletin22/b22_testigos.htm [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32

Estado de Derecho a ser juzgado conforme al debido proceso y defensa en juicio.[58]

Felipe Marín señala que el contra interrogatorio se divide en dos partes: una que ataca la credibilidad del testigo por características personales, y otra que ataca su credibilidad por la coherencia de su relato. Señala que al aceptar testigos secretos, la defensa no tiene oportunidad de investigar si existen hechos que hagan poco creíble *al testigo*, siendo esto más importante aún cuando el tribunal debe evaluar la prueba de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos asentados. Sostiene también, respecto de la gravedad del delito, que mientras más grave pueda ser la condena, mayores son las garantías que se deben exigir. Para Marín, el derecho al contra examen no es un derecho formal que se cumpla por el sólo hecho de permitirle al defensor hacer preguntas. "Si el defensor no tuvo la facultad de investigar al testigo, se vulnera el derecho a la defensa en dos vertientes: el derecho a hacer un contra interrogatorio efectivo, real, y el derecho a realizar una investigación paralela".

Villa, por su parte, concluye que el contra interrogatorio dirigido a desvirtuar *al testigo*, no obstante ser una parte importante dentro del derecho a contra interrogar, es un derecho *accesorio* del mismo, puesto que, según él, el *núcleo* del contra interrogatorio estaría constituido por el análisis, ponderación y desacreditación del *contenido de lo declarado*. Por esto mismo, sostiene que la reserva de identidad como medida de protección en favor del testigo ha sido legítimamente consagrada por el Legislador.[59]

---

[58] Gelvez Fernando, "Testigos de Identidad Reservada" en http://www.juschubut.gov.ar/buscador/ boletinjudicial/boletin22/b22_testigos.htm [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32

[59] Villa Vega, Diego, "Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes. Fallo de Recurso de Nulidad en Caso RUC Nº 0200070382-9", en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, (2004), p. 148-157. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 34

Decap afirma que “no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad”. Pero sin perjuicio de esto, sostiene que *podría* llegar a ser posible que se hagan ciertas concesiones a la protección, que en principio no afecten el derecho de defensa, buscando así un equilibrio entre ambos intereses, y así concluye que, en la medida que la defensa tenga acceso a las declaraciones efectuadas por el testigo en la etapa de investigación, la afectación del derecho de defensa *no opera en su esencia*, ya que de todas maneras el defensor podrá preparar su contra interrogatorio, haciéndose posible el ejercicio de la garantía judicial mínima aceptable en un estado de derecho, es decir, el control de la prueba de cargo. De esto desprendemos que para Decap el contra interrogatorio dirigido a *desvirtuar al testigo* no formaría parte esencial del derecho al mismo, pero sí lo haría el que está dirigido a desvirtuar *sus declaraciones*. Finalmente, se inclina por rechazar, por afectar la garantía judicial, la declaración de un testigo cuya identidad física se desconoce por la defensa, *si no existen antecedentes de las declaraciones prestadas por él en la investigación.*[60]

Una idea distinta de ésta es la que expone Fernando Gelvez, quien estima que se *podría* admitir la interpretación según la cual un procedimiento con testigos secretos respeta parcialmente el derecho de contradicción a través de la posibilidad del contra interrogatorio. Pero considera que la declaración testimonial receptada de esa manera, impediría al imputado y su defensor la posibilidad de realizar una adecuada evaluación crítica del testimonio; circunstancia que constituye una parte fundamental del principio de controversia de la prueba. Por otra parte, señala que una valoración probatoria adecuada de la manera en que un testigo ha percibido a través de sus sentidos los hechos sobre los cuales declara, solamente es viable conociendo la identidad del

[60] Decap Fernandez, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, op. cit. pp.100-103.

testigo, atento que la percepción no es un simple proceso físico sino que tiene profundas connotaciones psíquicas, puesto que aún cuando para percibir se requiere el auxilio de órganos físicos externos, ellos siempre están bajo el control de nuestro cerebro. Termina señalando que la única forma de evaluar la *percepción* de un testigo, es conociendo su identidad; si no existe esa posibilidad, el imputado y su defensor no podrán estar seguros de si el testigo conserva sus órganos de percepción (nariz, oídos, ojos, etc.) en buenas, regulares o malas condiciones de funcionamiento, toda vez que no puede ser apreciada de igual forma el relato de lo visto por una persona que utiliza anteojos -por padecer cualquier impedimento visual- que lo apreciado por un individuo carente de afección visual alguna. En relación con el segundo punto, es decir, los requisitos necesarios para utilizar la reserva de identidad como medida de protección del testigo, Villa expone que las limitaciones a las garantías constitucionales deben ser *racionales,* como se desprende *a contrario sensu* de la redacción del recurso de protección, y que junto a esta racionalidad, se encuentra la aplicación de dos principios: el de *necesidad* y el de *proporcionalidad.* Así, y en relación con el principio de necesidad, los supuestos exigidos para que opere la reserva de identidad del testigo serán, según Villa, primero, que las condiciones de riesgo en que se encuentra el testigo sean tales que obliguen al Estado a proporcionarle una medida de protección que pueda llegar a afectar parcialmente los derechos constitucionales del imputado. Estas situaciones de riesgo se darán cuando se presenten antecedentes concretos que hagan temer atentados contra bienes jurídicos tan relevantes como el derecho a la vida, integridad o seguridad del testigo. El segundo supuesto es que el resto de las medidas posibles se consideren fundadamente ineficaces, lo cual hará *estrictamente necesaria* la medida de ocultación de identidad como *único medio capaz de asegurar la protección de los derechos del testigo.*[61]

[61] Villa Vega, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes...” op. cit., p. 154. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 34

Decap Fernandez asegura que “El derecho de la víctima y del testigo a ser protegidos por el Estado cuando sus vidas se ven amenazadas en su existencia cotidiana por un hecho constitutivo de delito debe ser adecuadamente satisfecho. El Estado no puede desconocer su rol en esa dirección, lo que debe llevar aparejado la creación de toda una política pública dirigida a esa protección, Pero esa política pública no puede desconocer que opera en un Estado democrático de Derecho, en donde el debido proceso se encuentra instalado como parte del sentido común de una sociedad que actúa frente a la afectación de los derechos de sus ciudadanos, con ciertas garantías judiciales mínimas, que deben ser respetadas siempre para no debilitar esas mismas estructuras de funcionamiento sociales, De este modo, diseño de políticas públicas, con el financiamiento adecuados, para llevar adelante acciones concretas de protección a víctimas y testigos. Pero además, reglas jurídicas claras de habilitación para los órganos del Estado que correspondan, para llevar adelante esas definiciones. Dentro de estas definiciones, cómo declara, en qué momento debe ser conocida la identidad del testigo por la defensa, qué identidad si se trata de un agente encubierto en aquellas hipótesis delictuales en que es admitida su participación. De qué manera nos aseguramos de que ese ciudadano que coopera con la justicia, no sufre antes, durante o con posterioridad a su contribución, un atentado a sus libertades fundamentales, a su vida y su integridad física y sicológica”.

También agrega que “En el momento en que el órgano de persecución penal decide llevar adelante la acusación contra el imputado, debe mostrarle a la defensa cuáles son los elementos de prueba con los que cuenta y, tratándose de testigos, la individualización de cada uno de ellos”.

Coincidimos con en el en que “La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacerse efectiva

en ese caso concreto, en términos duros de contra interrogar a esos testigos" y que "Uno de los aspectos más esenciales del contra interrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad. Para saber si le podemos creer a un testigo, en muchas ocasiones debemos saber quién es. Y para la defensa, actuar sin saber quién es el testigo, significaría continuar relegando a la defensa a las zonas oscuras de nuestra institucionalidad, aquellas en donde las respuestas no son fáciles, requieren demasiadas explicaciones"

Sabiamente Decap Fernandez expone que "Visto desde el debido proceso, se debe señalar también que el derecho a la contraprueba, o derecho a contra interrogar a los testigos (cross examination), es uno de los componentes de las garantías esenciales que lo conforman"

Roxin habla del principio del proceso justo, vinculándolo con el fair trial inglés, que en sus palabras, implica "que, sobre todo, debe asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios.

En el contexto doctrinario y normativo señalado, ¿no significaría vulneración de esta garantía el aceptar la declaración de un testigo, cuya identidad es desconocida por la defensa? O peor aun, ¿no significa hacer tabla rasa de las garantías judiciales mínimas el aceptar que se incorpore como prueba al juicio una declaración de un testigo obtenida sin intervención de la defensa? Nos parece que la respuesta consistente con un sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado democrático de Derecho debiera ser el que no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad.

Piero Calamandrei señalaba que el "principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el "principio del contradictorio",

también denominado principio o garantía de la audiencia bilateral o de bilateralidad de la audiencia. Lo que lleva a Carocca a sostener que “el contradictorio, es esencialmente la manifestación técnica en el proceso de la garantía constitucional de la defensa”8, que conlleva una exigencia de respeto y tratamiento igualitario para las dos partes.

Principio de igualdad de armas que en palabras de Roxin implica que este “mandato del fair trial puede prohibir, p. Ej., una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y del defensor.

En la dirección anotada, nos inclinamos por rechazar, por afectar la garantía judicial anotada, la declaración de un testigo individualizado por cualquier mecanismo idóneo destinado a ocultar su identidad física normal, del que no existan antecedentes de declaraciones prestadas con anterioridad ante el fiscal.

En este último caso, el juez de garantía debería rechazar la prueba propuesta, por afectar el ejercicio del derecho de defensa en su esencia, ya que el defensor no tendrá posibilidad real y efectiva de controlar la prueba de cargo, al desconocer el contenido de los hechos que a través de ese testigo se intentarán probar por la fiscalía.

Aceptar la introducción de una prueba tal implica llevar al juicio una obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales que en este texto se vienen comentando, esto es, vulnerando el derecho de defensa en cuanto no posibilita controlar la prueba de cargo. En esta línea de pensamiento, aplaudimos el criterio moderado del Tribunal primero de Sentencia de San Salvador y de la Cámara de lo Penal de la Primera sección del Centro, que han declarado nulos los procesos penales en los cuales no existe custodia judicial de la identidad de los testigos que declaran en juicio y que gozan del régimen de protección.

2.5.4 INEFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO SECRETO.-

La admisión, decreto y practica de pruebas en el campo penal, esta disciplinada por los principios de necesidad, legalidad, libertad, oportunidad, contradicción, publicidad e inmediación, que se tornan en garantes de derechos de primera generación como la intimidad, la no auto incriminación, la igualdad de oportunidades, imparcialidad y lealtad en pos de la búsqueda de la verdad, el debido proceso.

Dentro del marco ya expresado de la producción de la prueba, la contradicción juega un papel vital en la corroboración de los datos tendientes a modificar el estado cognoscitivo del juzgador.

No obstante, el testimonio secreto tiene grandes limitantes para controvertir, y estas limitantes lo vuelven ilicito.

Entre ellas están:

a) La defensa no conoce personal y directamente al testigo;

b) La defensa no conoce los generales de ley del testigo;

c) Aunque se le permite intervenir en los interrogatorios, la defensa esta limitada a no preguntar sobre determinadas cuestiones, tales como la credibilidad y los intereses del testigo;

d) La facultad de interponer recursos contra decisiones jurisdiccionales, queda mermada cuando no se tiene completo conocimiento del medio probatorio.

c) No existe inmediación en su producción, por lo que no se puede hablar de prueba lícitamente obtenida, dado que en la mayoría de los casos el juez tampoco puede ver al testigo, ni puede observar sus reacciones cuando se le cuestiona por parte de la defensa.

Tal y como expone el Maestro colombiano Orlando Alfonso Rodríguez "para que el testimonio sea eficaz debe reunir los elementos siguientes: haberse recibido por el funcionario competente, con las formalidades legales, sobre hechos que le consten o haya percibido en general, dentro de los propósitos del proceso, que la pieza probatoria no este recortada y que se haga una valoración integral"[62].

En el caso del testigo anónimo, más que hacer afirmaciones, planteamos interrogantes que invitan a la reflexión:

¿Qué garantía de credibilidad ofrece un testimonio, si la defensa técnica y el procesado desconocen al testigo?

¿Podría confiarse en la sinceridad y desinterés de un testigo de esta clase?

¿Cómo sabe la defensa que no se trata de un enfermo mental, de un neurótico, esquizofrénico, oligofrénico o paranoico?

¿Cómo sabe la defensa si se trata o no de un incapaz?

¿Qué nos garantiza que el sexo, la religión y la edad desconocidos no son elementos que influyan en su testimonio?

¿Qué interés puede esconder un cónyuge separado o divorciado para incriminar a su anterior pareja, guiado por protervos y mezquinos intereses y pasiones?

¿Por qué no lograr el encarcelamiento de una contraparte en un proceso civil, laboral, sindical o político mientras dura el conflicto, colocándolo en una situación de desventaja?

¿Qué se puede decir del criteriado delator condenado que valiéndose de la figura del testigo anónimo logra una considerable rebaja punitiva incriminando a una persona inocente que ni siquiera lo conoce?

---

[62] Rodríguez, Orlando Alfonso. *La ineficacia probatoria del testimonio secreto.* Ed. Juridicas Gustavo Ibáñez. Colombia 1996. pag. 63.

¿Cómo determinar las intenciones del pariente que desea quedarse con el grueso de la fortuna que disputa con el denunciado?

¿Qué garantiza que la figura del testigo anónimo en combinación con la ya próxima ley antiterrorista no será un instrumento de persecución política?

¿Qué pueden hacer el imputado y el defensor ante un testigo corrupto?

¿Cómo se hará efectiva la pena o sanción por falso testimonio si se desconoce la identidad del testigo y es imposible corroborar su veracidad?

Como observamos, no son pocos los testigos que concurren a declarar alterando intencionalmente la verdad influidos por intereses, pasiones o perturbaciones psíquicas. El testigo falso falta a la verdad total o parcialmente. No es fácil enfrentársele con éxito, pues acude a declarar preparado, con algún conocimiento directo o indirecto de lo ocurrido, que tergiversa y espera listo a contestar las preguntas sueltas y descortinadas que lance un contra interrogador mal preparado o desarmado. Resulta nula la eficacia que ofrece el testimonio secreto.

También, cuando el testigo se reserva la identidad y la Fiscalia acepta, es porque previamente aquel ha hecho un juicio de valor que le quita espontaneidad al relato que va hacer ante el investigador; sabe con antelación que va a decir, a que hechos y personas se va a referir. Esta circunstancia deja en desventaja al equipo defensor que no puede preparar ningún tipo de argumento o estrategia con antelación al no poder explorar las condiciones personales del medio de prueba, impidiéndose asimismo realizar investigaciones paralelas.

“Por otro lado, la personalidad del declarante adquiere importancia vital para la eficacia del testimonio. Un declarante retraído, introvertido, tímido, desarrolla esta parte de la diligencia probatoria de manera lacónica, echándose de menos al final una narración completa de los hechos, dejando de lado valiosas circunstancias de modo, tiempo o espacio. Se limita la declaración de los hechos que conoce con la excusa que información adicional conduciría a su

identificación y lo pondría en peligro, dejando como damnificado principal al sistema judicial que no tiene un panorama completo de las circunstancias en la que se rinde la declaración; debería entonces para rellenar esos vacíos en la historia o esclarecer puntos contradictorios complementarse el interrogatorio directo con un buen y completo contra interrogatorio, cuestión que con el régimen de protección que mantiene en anonimato el testigo no puede lograr"[63].

"Pensemos ahora en la situación contraria, un deponente extrovertido, osado, despierto, hablador, seguramente hará un exposición de los hechos de manera fluida, completa, incluso inventando creyéndose protagonista de un acontecimiento importante. La maximización del conocimiento que pueda tener toma contornos de exageración por lo que el interrogador debe precisar y puntualizar aquellas partes donde no aparece la versión respaldada con otro sustento probatorio"[64].

"En ambos tipos de declarante se echa de menos la figura del defensor profesional que visto desde otro ángulo no dejaría pasar desapercibido importantes circunstancias para el buen suceso de un completo testimonio, formulando las preguntas que despejen los nubarrones de dudas que generan el interrogatorio formulado por el Fiscal. Esta parte es esencial de primer orden para el desarrollo de una defensa eficaz, con real y cierta presencia en el desarrollo del proceso; el defensor esta presto a interrogar, contra interrogar, a dejar las constancias que considere necesarias, conforme el comportamiento del testigo cruciales para el momento de la formulación de alegatos y la valoración probatoria del funcionario judicial. Este derecho en un sistema en el que se mantenga en el anonimato a los testigos brilla por su ausencia"[65].

[63] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 75.
[64] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 76.
[65] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 77.

2.5.5 ERRORES EN LA RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO Y PELIGRO A LA SEGURIDAD DE LOS TESTIGOS

Tiene importancia trascendental para la finalidad del proceso quien pregunta, a quien pregunta, como pregunta, donde pregunta y para que pregunta. El Estado en general y el funcionario judicial deben ser cuidadosos frente a dos circunstancias:

1. Recoger la información importante y fundamental para el logro de una completa investigación.

2. Proteger la vida e integridad del declarante o la de sus allegados.

No obstante la figura del testigo anónimo sirve solo para vulnerar principios esenciales de procedimiento como el debido proceso, la contradicción de la prueba y el derecho del defensor.

"La preparación de los funcionarios interrogadores deja mucho que desear, es frecuente observar que se toman declaraciones en sede fiscal. Es frecuente leer declaraciones con reserva de identidad recibidas antitécnicamente; la plena identidad aflora en el contexto del acta de recepción de la pieza probatoria, derivada de las circunstancias de modo tiempo y lugar, de las condiciones del testigo, etc. Es una evidente inutilidad mantener el secreto de la identidad de testigo, porque no protege su vida, cuando en la realidad esa identidad aflora del contenido del acta, sirviendo solo para vulnerar derechos y garantías constitucionales"[66].

Solo unos cuantos ejemplos, para exponer porque la declaración del testigo anónimo es ineficiente materialmente hablando en lo que a protección de testigos se refiere:

- Una mujer declara bajo la modalidad del testigo anónimo, contra su excompañero de vida, narrando como era el trato personal que le prodigaba, la relación para con sus suegros, hijos, cuñados y demás

[66] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 77.

allegados, sin dejar de lado el profundo odio que le prodigaba, es fácilmente perceptible quien es el testigo de cargo.

- El locutor de radio de una pequeña población que bajo el mecanismo del testigo sin rostro testifica contra un antiguo socio en un proceso de actividades relativas a las drogas, narrando sus actividades comerciales comunes, la tranzas que realizaban por varias ciudades del país, nombres y apellidos de quienes lo acompañaban y los hoteles donde se hospedo.
- Por otro lado es frecuente que el testigo olvide bajo que circunstancias declara y resulta hablando en tercera persona, para decir por ejemplo “fulano de tal me dijo (mire chepito tal cosa)”, rompiendo con la figura del testigo secreto. Un mal interrogador ante un testigo secreto o anónimo con deficiencias en su capacidad de memoria, dirige preguntas a detalles menores sin trascendencia dejando de lado lo fundamental. Como el defensor no puede interrogar de forma adecuada resulta ineficaz el testimonio para la finalidad del proceso.

2.5.6 INCIDENCIAS DEL ANONIMATO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.

La apreciación de la prueba tiene un marco preciso, además de intima convicción moral guiado por la sana critica por la experiencia y por el conocimiento en general, debe exponerse el fundamento de convicción sobre elementos objetivos que ofrece cada medio probatorio, después en conjunto se deshecha el capricho.

El testimonio tradicionalmente esta embullado de intereses, pasiones y amenazas que le quitan objetividad y credibilidad. El funcionario judicial que

valora la prueba debe estar asistido de la teoría y la practica suficiente para cometer con éxito la valoración probatoria en general.

Los principios generales que informan la psicología, sociología, criminología, psiquiatría y en general las ramas de la ciencia que tengan por objeto de estudio el hombre, junto a una acrisolada integridad moral del funcionario deben presidir la actividad valorativa para que marche por el sendero de la justicia.

No se trata de una dadiva o favor oficial sino de un esencial y prevalente derecho de procesado. Si se trata de valorar en conjunto los medios de prueba, de apreciarlos como ordena la normatividad no se perderá de vista el respeto a los derechos fundamentales. El funcionario para valorar un testimonio con reserva de identidad cuando no se le ha permitido a la defensa controvertir la prueba de cargo no perderá el faro el respeto al derecho fundamental del procesado de contradecir y controvertir los medios usados en su contra, así pues un medio probatorio sobre el cual no se haya tenido control judicial y que haya estado fuera del alcance de la defensa debe ser declarado nulo y evitar su producción en juicio (demás esta decir que aun utilizándose no se le deberá acreditar valor probatorio suficiente para una condena).

Para una acertada valoración testimonial no se perderá de mira estos factores:

- Actitudes físicas y psíquicas del testigo, en cuanto a moralidad, afectividad y capacidad intelectiva.
- Las propiedades del objeto según los datos que suministre.
- La relación deponente-objeto, especialmente a las condiciones de formación del testimonio: memoria, percepción, evocación, reproducción, relato, intereses, pasiones, prejuicios, etc.
- De los hechos mismos cuando son inverosímiles o imposibles.

Como por mandato de excepción el testigo no es conocido por la defensa ni por el procesado no se puede tener en cuenta estos factores antes mencionados para levantar alegatos antes de la sentencia ni para impugnarla posteriormente, siendo lógico concluir que las circunstancias que pudieron haber creado una defensa efectiva y una verdad procesal conducente han quedado también en el anonimato.

Es imperativo entonces, que ante tales violaciones de orden procesal, el Tribunal sentenciador evite fundar una posible sentencia condenatoria en la declaración de un testigo anónimo.

CAPITULO 3

ANALISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO

3.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR[67].

En lo referido al Régimen de Protección a testigos, nuestra Constitución no hace relación puntual sobre el asunto; pero de manera extensa hace referencia a tres instituciones que dentro del Proceso Penal tienen mucha importancia y son: Garantía de Juicio Previo-Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

En el artículo 11, se hace referencia a la Garantía de Juicio Previo como Debido Proceso al decir "Ninguna Persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos **sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes**…."

La pena solo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, estos han de utilizar el medio, que es el proceso, para imponer penas. La reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino que exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar la imputación. El procedimiento exigido por la garantía del juicio previo no es cualquier proceso. Ha de tratarse de un procedimiento jurídico regulado en la ley y acorde con los derechos individuales que se reconocen en la Constitución, es decir, ***un proceso recto y equitativo,*** el que es debido. Con mayor precisión, un juicio oral y público.

[67] D.C. S/N de Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983, publicado en D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983, la cual entro en vigor el día veinte de diciembre de 1983.

El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes. Al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa. En suma, un procedimiento contradictorio, en el que rija plenamente el principio de igualdad de armas. De esta forma es como debe entenderse que la noción de juicio previo presupone la forma acusatoria del proceso y desde este punto de vista se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes, y en suma como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es sólo atenten al castigo de los culpables, sino también a la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable en cuanto su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del irrespeto a su dignidad personal.

3.1.1 TRASCENDENCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS.

Dentro de los que nos compete, se tiene que hacer referencia a esta garantía Constitucional al hablar de un Régimen de Protección a testigos y mucho más a la utilización de Testigos anónimos en el Proceso Penal.

Toda acción que suponga una alteración al proceso penal, debe ir en intima concordancia con lo expresado por nuestra Constitución, de ahí que existen mecanismos para atacar la Constitucionalidad de este texto legal.

Claro esta que es necesario dentro de todo marco jurídico una relación concatenada de instituciones, que permita un desarrollo optimo del embalaje jurídico, es delicado pensar que dentro de un proceso penal, en donde esta en juego mas que un interés particular sino más bien todo la seguridad jurídica de

una sociedad pensar que existan contradicciones, flagrantes violaciones a un precepto Constitucional.

Se debe hacer énfasis en la necesidad de establecer un régimen de protección a testigos, que permita una efectiva protección de estos frente a cualquier vulneración a su integridad física o personal e incluso a la de los miembros de su núcleo familiar; también es necesario que dicho régimen no entre en contradicción con la Garantía de Juicio Previo como debido proceso, porque si bien es cierto existe un interés legitimo que efectivamente tutela un derecho de gran magnitud, no se debe por ello pasar por alto otro interés que tutela el debido proceso, y que su violación estaría en menoscabo del imputado.

En la actualidad se utiliza la figura del testigo anónimo, resultando en la inobservancia de principios generales del derecho, lo que resulta en un retroceso en materia de garantías en nuestro sistema de justicia.

Es necesario señalar que la Constitución indica los parámetros que la legislación secundaria debe de respetar, con la utilización del testigo anónimo, no se esta fuera de lo legal o Constitucional, el problema radica en la discrecionalidad con que se aprueba el ocultar la identidad de los testigos a las partes en el proceso por parte de los operadores de justicia, y lo ineficaz que resulta esta medida para los testigos.

El artículo 11 de la Constitución establece que: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, no de cualquier otro de sus derecho sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes;…”

La Constitución establece la necesidad de respetar los procedimientos y principios establecidos en la ley secundaria, y en lo que respecta al proceso penal, resulta que con ocultar la identidad de un testigo, se esta violando el derecho de imputado a contar con el tiempo y medios suficientes para preparar su defensa, asimismo que no se encuentra en igualdad de condiciones

analizando que no conoce la identidad del testigo justo antes de iniciar la vista pública, afectando gravemente el principio de contradicción.

La figura del testigo anónimo no concuerda con lo expuesto en la Constitución, pues no es un verdadero arreglo a las leyes la inobservancia de reglas y principios generales de derecho, en lo referido al Régimen de Protección a testigos, nuestra Constitución no hace relación puntual sobre el asunto; pero de manera extensa hace referencia a instituciones que dentro del Proceso Penal tienen mucha importancia y son: Garantía de Juicio Previo-Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

En el artículo 11, se hace referencia a la Garantía de Juicio Previo como Debido Proceso. al decir “Ninguna Persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos **sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes**….”

La pena solo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, estos han de utilizar el medio, que es el proceso, para imponer penas. La reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino que exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar la imputación. El procedimiento exigido por la garantía del juicio previo no es cualquier proceso. Ha de tratarse de un procedimiento jurídico regulado en la ley y acorde con los derechos individuales que se reconocen en la Constitución, es decir, ***un proceso recto y equitativo,*** el que es debido. Con mayor precisión, un juicio oral y público.

El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes. Al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa. En suma, un procedimiento contradictorio, en el que rija plenamente el principio de igualdad de armas. De esta forma es como debe entenderse que la noción de juicio

previo presupone la forma acusatoria del proceso y desde este punto de vista se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes, y en suma como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es sólo atenten al castigo de los culpables, sino también a la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable en cuanto su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del irrespeto a su dignidad personal.

Dentro de los que nos compete, se tiene que hacer referencia a esta garantía Constitucional al hablar de un Régimen de Protección a testigos y mucho más a la utilización de Testigos anónimos en el Proceso Penal.

Toda acción que suponga una alteración al proceso penal, debe ir en intima concordancia con lo expresado por nuestra Constitución, de ahí que existen mecanismos para atacar la Constitucionalidad de este texto legal.

Claro esta que es necesario dentro de todo marco jurídico una relación concatenada de instituciones, que permita un desarrollo optimo del embalaje jurídico, es delicado pensar que dentro de un proceso penal, en donde esta en juego mas que un interés particular sino más bien todo la seguridad jurídica de una sociedad pensar que existan contradicciones, flagrantes violaciones a un precepto Constitucional.

Se debe hacer énfasis en la necesidad de establecer un régimen de protección a testigos, que permita una efectiva protección de estos frente a cualquier vulneración a su integridad física o personal e incluso a la de los miembros de su núcleo familiar; también es necesario que dicho régimen no entre en contradicción con la Garantía de Juicio Previo como debido proceso, porque si bien es cierto existe un interés legitimo que efectivamente tutela un derecho de gran magnitud, no se debe por ello pasar por alto otro interés que tutela el debido proceso, y que su violación estaría en menoscabo del imputado.

Actualmente podemos decir que existe un criterio amplio de aceptación del Régimen de Protección a testigos, que posibilitado por las circunstancias

propias de un proceso penal afecte en menor medida los derechos del imputado y transgreda las garantías procesales.

3.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN Y SU TRASCENDENCIA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO.

El artículo 12 de nuestra Constitución establece que “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio publico, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”

En esta disposición se ha establecido de manera genérica el Derecho de Defensa, abarcando dentro de esta categoría la defensa material y técnica, la presunción de inocencia y las garantías procesales.

El derecho de defensa forma parte de una serie de instituciones de carácter sustantivo y procesal, ideadas con el fin de eliminar el desequilibrio en que se encontraba el imputado frente a la administración de justicia.

El Proceso Penal debe estar como todo el ordenamiento jurídico conforme a estos principios constitucionales, y las instituciones y procedimientos propios del derecho procesal penal deben de adecuarse en toda medida y momento al derecho de defensa.

No obstante esto existen restricciones excepcionales al derecho de defensa, en virtud de circunstancias especiales.

En el caso del Régimen de Protección de testigos, el Código Procesal Penal discrecionalmente otorga la facultad al juez de la causa de aplicar medidas especiales, que en algunos casos resulta lesiva de derechos y garantías del imputado principalmente en la fase del juicio oral.

Trasciende al plano constitucional el hecho que se modifique sustancialmente el espíritu de la ley procesal penal, tomando en cuenta que

difiere de la idea estricta de respetar una serie de garantías necesarias para la defensa del imputado.

Debemos sentar la duda, si existe un estricto respeto al orden constitucional al posibilitar un mecanismo que produce limitantes al derecho de defensa y otra serie de garantías necesarias para hacer valer el derecho de defensa.

Es posible hablar de respeto a las garantías necesarias si no existen los medios y tiempo necesario para preparar la defensa respecto a medios probatorios, o estando en presencia de limitaciones al principio de contradicción dadas por el hecho de ocultar la identidad de un testigo.

Podemos hablar de igualdad de armas, cuando la defensa no cuenta siquiera con la oportunidad de conocer previo al juicio plenario la prueba de cargo, su origen y finalidad.

Este es un análisis que corresponde a cada caso particular, pero lo que es cierto es que la ley posibilita la existencia de estos supuestos anteriormente descritos, que para la jurisprudencia internacional y la doctrina constituyen violaciones a los principios generales del derecho.

3.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES.

El derecho internacional respondiendo a una evolución acelerada de las instituciones del derecho, ha sentado regulaciones que los Estados mas democráticos (entre los que suele agregarse a El Salvador) han ratificado, comprometiéndose a su estricto cumplimiento.

Asimismo la Constitución ha establecido un sistema de jerarquía para el cumplimiento de los Tratados Internacionales, al señalar en el artículo 144 que “Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros estados u

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."

El estado Salvadoreño ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, entre los que podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posteriormente especificaremos en que sentido dichos tratados internacionales tienen aplicación a la figura que investigamos, por el momento trataremos de la relación existente entre nuestra Constitución y dichos Tratados.

La Constitución ha establecido, como ya dijimos una relación jerárquica, dentro de dichos parámetro queda establecido que ninguna ley puede ser contraria a los tratados internacionales ratificados por nuestro país, la violación a este precepto puede someter al Estado Salvadoreño un litigio internacional, recordando que una regla importante del derecho internacional es que no puede alegarse como motivo de violación de un tratado internacional el derecho interno.

Dentro del tema que investigamos, debemos decir que la Constitución esta conforme a los Tratados Internacionales, en caso contrario el Estado Salvadoreño estaría en la obligación de reformar las disposiciones Constitucionales.

El Código Procesal Penal, debe estar acorde a la normativa Constitucional como cualquier otro instrumento normativo, asi mismo debe responder a los parámetros y limites del derecho internacional.

En caso contrario estamos frente a una inobservancia de la una ley de la república en virtud del artículo 144,

Analizaremos a continuación en que medida los tratados internacionales ahondan en lo referido al debido proceso y el derecho de Defensa, y su relación con la figura de los testigos anónimos.

3.4 LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Haremos un estudio acerca de la legislación Internacional, que de una u otra manera han establecido la existencia de garantías llámense estas individuales, procesales o sustantivas, pero que se refieren al derecho de Defensa y al Debido Proceso, no solo aquellas que están ratificadas por nuestro país sino también aquellas que consideramos importantes tomando en cuenta que valoran las figuras jurídicas desde una perspectiva mas amplia.

Existe una primacía de la Constitución sobre los Tratados Internacionales; existe además una regla de primacía del Tratado Internacional sobre las leyes secundarias, tal como lo señalan los artículos 144 y 145 de la Constitución.

Una vez que un tratado internacional es ratificado por nuestro país, se convierte en ley de la república, es decir de obligatorio cumplimiento. Es importante saber que en el derecho Internacional no puede alegarse el derecho interno ante la violación de una norma internacional ratificada, por eso es importante para cualquier estado mantener la legislación secundaria y la misma

Constitución acorde a los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por el Estado.

3.4.1 EL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros.

El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional.

El debido proceso de ley, como derecho inherente al ser humano en razón de su naturaleza, no sólo ha sido el objeto de las legislaciones internas

de cada Estado y con rango constitucional: ha rebasado esos límites y las fronteras, para ser la preocupación del orden jurídico internacional, siendo a la vez una institución o valor jurídico vigente y con fuerza obligatoria, tanto en el Derecho Público Interno, como en el Derecho Internacional Público.

En cuanto a su naturaleza, constituye uno de los llamados principios generales del derecho, con vocación universal, subyacente a todo ordenamiento jurídico particular y general, constituyendo, dentro de los mismos, un valor supremo en la escala de los valores normativos o fuentes que implica las siguientes consecuencias:

a) Su observación o aplicación procede siempre, aún cuando no sea formulado por ninguna norma legislativa, constitucional, ordinaria o tratado internacional, porque es parte de todo el ordenamiento jurídico general y particular.

b) Tiene una vocación universal, es común a todo ordenamiento y sistema jurídico sin excepción.

c) Es trascendente en el tiempo y el espacio, por aplicarse a todo individuo en cualquier época o lugar donde se encuentre.

Encontramos, pues, que la comunidad internacional, constituida por los distintos Estados, ya sea como órgano mundial de organización de los Estados (como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–), ya como organización regional de Estado (como la Organización de Estados Americanos –OEA–), a través y como fruto de las diferentes conferencias y asambleas generales celebradas periódicamente por esas organizaciones de Estados, han logrado establecer acuerdos o tratados entre ellos, que sancionados por el órgano legislativo de cada Estado, adquieren el rango de norma vigente en el ordenamiento interno, equiparable y de igual naturaleza, o colocados en el sistema de fuentes o valores del mismo con el mismo rango que la Constitución. Así resulta en el caso de nuestro país, y al mismo tiempo como norma vinculante entre los diferentes Estados en el ordenamiento internacional.

3.4.1.1 NORMATIVA INTERNACIONAL

Diferentes normativas internacionales ratificadas y sancionadas por los Estados, consagran y reconocen nuestro principio entre los cuales cabe destacar.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. 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.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
(Declaración Americana)

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe 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 consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se

demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. 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, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se 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:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa 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;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable,

Convención Europea de Derechos Humanos

Artículo 6

Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

3.4.1.2 RESEÑA DE LA NORMATIVA

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra entre los derechos inherentes a todos los miembros de la familia humana el de tener un recurso ante los tribunales competentes independientes e imparciales, para el amparo de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, con acceso a los mismos en condiciones de igualdad y en juicio público (arts. 10 y 11);

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de justicia como uno de los derechos esenciales del hombre, que consiste en aquel de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y de ser juzgado de acuerdo a las leyes (art. 18 y 19);

Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana dedicadas al debido proceso son similares y extensas. Una parte de la normativa más pertinente, la contenida en el artículo 14.1 del PIDCP y artículo 8.1 de la Convención Americana, es aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte medular de la normativa consagra la independencia del tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. La otra parte de la normativa pertinente, contenida en los demás párrafos del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención, es aplicable principalmente a la justicia penal.

A pesar de la complejidad de las normas sobre el debido proceso, las diferencias entre la normativa universal e interamericana son básicamente de forma y no de fondo. El derecho a hallarse presente en el proceso, reconocido por el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, y el derecho de comunicarse con su defensor, plasmado en el apartado d) del párrafo 2 del

artículo 8 de la Convención Americana, son las únicas garantías consagradas por uno de estos instrumentos y no por el otro.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos consagra como uno de los derechos esenciales del hombre, por ser un atributo de la persona humana que transciende su nacionalidad, el de ser oído con las debidas garantías y plazo razonable por una jurisdicción competente, independiente, natural e imparcial en toda contestación de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8,).

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce y sanciona entre los derechos inherentes a la dignidad humana, iguales e inalienables el de concurrir en condiciones de igualdad ante el tribunal competente, independiente, imparcial y establecido por la ley para, en un juicio público y con las debidas garantías, obtener la sustanciación de todo proceso civil o penal (art. 14 y 15);

Desde el punto de vista jurisprudencial internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH) ha definido el debido proceso como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[68]

La Corte observa que la expresión “garantías judiciales“, *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho (…) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”[69] No obstante, el uso de la expresión “garantías judiciales” como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

---

[68] “El Debido Proceso en las Decisiones de los Órganos de Control Constitucional de Colombia, Perú y Bolivia”, en http://www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm.

[69] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

3.4.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Dos son los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos que establecen el derecho de defensa en el marco del debido proceso en la Organización de Naciones Unidas, éstos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), aprobada el 10 de Diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[70] (en adelante PIDCP), siendo el contenido de uno de ellos más explícito respecto de esta garantía.[71]

El hecho de aparecer consagrado en el PIDCP, denota la preocupación que a nivel internacional existe en torno a las garantías procesales que las distintas legislaciones deben brindar a sus habitantes. Nos parece que la redacción del PIDCP se acerca mucho más al ideal de consagración internacional, pues hace referencia en forma específica a ciertos aspectos de la defensa que son trascendentales, *como lo es el interrogatorio de testigos*. Esto más aún si consideramos que concede a la defensa la facultad de interrogar a ambos tipos de testigos, tanto de cargo como de descargo, en las mismas condiciones.

La norma es clara, por lo tanto deberíamos entender que según el PIDCP quedaría prohibido a los tribunales de los Estados Parte ocultar a la defensa la identidad del testigo, pues esto significaría romper la regla anteriormente

---

[70] Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, cuya entrada en vigor fue el 23 de Marzo de 1976, según el artículo 49 para todas sus disposiciones, con excepción del artículo 41, el cual entró en vigor el 28 de Marzo de 1979.

[71] Es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su Art. 11 Nº 1: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan **asegurado todas las garantías necesarias para su** defensa."

En una redacción mucho más extensa y acabada de la garantía, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, en su Art. 14 Nº 1 establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente […]". Por otra parte, y en relación con el tema que nos interesa, señala en su Art. 14 Nº3: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) 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 la mismas condiciones que los testigos de cargo".

señalada que ordena que ambos tipos de testigos sean interrogados en las "mismas condiciones", toda vez que sólo los testigos de descargo revelarían en ese caso su identidad, manteniéndose reservada para la defensa la de los testigos de cargo.[72]

Por otro lado, en el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos[73] (en adelante CADH), regula las garantías judiciales en su artículo 8.[74] En este instrumento internacional sí encontramos alguna innovación respecto del derecho de defensa, al conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Éste es un punto sin duda relevante, pues es precisamente dentro de lo que se designa como "medios adecuados" que se encuentra la posibilidad que debe tener la defensa de conocer la identidad del testigo, desde que es ésta la que va a permitir a la misma efectuar las preguntas conducentes a desvirtuar las declaraciones del testigo, finalidad perseguida en el juicio por el contra interrogatorio.[75]

---

[72] Naciones Unidas ha señalado en un comunicado de prensa, que: "En ningún caso las normas de los tribunales penales internacionales u otros órganos de derechos humanos consagran la existencia de fiscales o testigos secretos. Las disposiciones que en materia de protección de testigos y víctimas adoptan esos tribunales y órganos son plenamente compatibles con los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de garantías para asegurar un juicio justo e imparcial. En estos tribunales u órganos la única excepción sobre la reserva de identidad de testigos y víctimas, o la publicidad de las audiencias y de las informaciones está dirigida al público en general y no al acusado", y que "ninguna norma del Estatuto del Tribunal da pie para sostener que dentro de sus procedimientos actuarán testigos y fiscales con reserva de identidad". "Comunicados de Prensa", en http://www.hchr.org.co/publico/ comunicados/ 1999/imprimir.php 3?texto =cp9913.txt.

[73] Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

[74] Art. 8:"Garantías judiciales".

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (…).

2. (…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación adecuada de su defensa.

f. derecho de la defensa 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.

[75] Esta doctrina ha seguido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una de las recomendaciones que ha hecho a Colombia, en la que ha señalado que la existencia de procedimientos secretos para la presentación y la deposición de testigos, contradice los postulados de la Convención Americana. "Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia", en

En el ámbito Europeo, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en adelante CEDH, regula el tema en su artículo 6º número 3.[76] Como lo ha señalado Javier Zaragoza, uno de los componentes esenciales del derecho a un proceso equitativo reconocido por la CEDH es el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, pero su ejercicio puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos a cuya tutela está igualmente obligado el ordenamiento jurídico, cuales son los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas que pueden verse en una situación de riesgo o de peligro como consecuencia de su participación en el proceso, sean éstos acusados, testigos o peritos.[77]

Claramente se establece el derecho a preparar la defensa en el art. 6.3 b) CEDH que: *"todo acusado tiene como mínimo, derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa».*

Igualmente, la contradicción y la igualdad de armas en el desarrollo de la prueba. El derecho a una obtención con garantías de la prueba, establecidos en el art. 6.3. d) CEDH, que: "todo acusado tiene, como mínimo, derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de la acusación y a que se cite e interrogue a los testigos de la defensa en las mismas condiciones que a los propuestos por la acusación".

Como barreras infranqueables que el art. 6 impone, resultarían las siguientes: a) siendo, *a priori*, admisible el secreto de la identidad de los testigos y peritos (a proteger frente a terceros) en la fase policial y judicial instructora,

---

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/ documentos/html/informes/osi/ cidh/CIDH%202o%20Informe%20Colombia%20Concl%20y%20Recomend.html.

[76] "Todo acusado tiene, como mínimo los siguientes derechos: d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra".

[77] ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, "La Protección de Acusados, Testigos y Peritos en Causas Criminales en el Ordenamiento Jurídico Español, Ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica 19/94. El Problema de los Testigos Ocultos y Anónimos", en http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/ Ponencias/Indexpon encias.htm

las informaciones y datos incriminatorios que pudieran aportar los "infiltrados", nunca cabría utilizarlos en la forma de "declaraciones anónimas", ni podrían servir de prueba única fundamentadora de una condena; b) en última instancia, principios o derechos como el de igualdad de armas, contradicción y defensa, exigen que en la fase de juicio oral la parte acusada siempre pueda conocer qué personas o quiénes son los que se manifiestan como eventuales testigos o peritos de cargo; c) ya conocida la identidad de tales testigos o peritos en el plenario (tanto por el Tribunal, como por las partes) -no pudiendo por ello calificarse su testimonio de anónimo-, no existe obstáculo legal insalvable para que permanezcan ocultos en la sesión del juicio oral, siempre que se posibilite las exigencias mínimas de la norma.

3.4.2.1 EL DERECHO A LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA

En su Observación General No. 13 el Comité de Derechos Humanos señala que el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa incluye el derecho de “acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa.” La jurisprudencia sobre el alcance de esta garantía no es extensa. En el caso Yaseen y Thomas, el Comité confirmó que la desaparición de los diarios, libretas de apuntes y registros de la policía relativos a la investigación de los hechos, que posiblemente contenían pruebas de utilidad para la defensa, representaba una violación de los incisos b) y e) del tercer párrafo del PIDCP[78].

[78] Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.10.

3.4.2.2 EL DERECHO A PRESENTAR TESTIGOS Y CONTRA INTERROGAR TESTIGOS DE CARGO

El derecho de un acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” está plasmado en el artículo 14.3 e) del PIDCP. El artículo 8.2 f) de la Convención consagra el “derecho de la defensa 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.”

La jurisprudencia también está condicionada, en cierta forma, por la presunción de que la forma como un juez ejerce su discreción sobre la admisibilidad y relevancia de una prueba no es violatoria del debido proceso. Como bien ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el artículo 14.3 e) no confiere un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo a petición del acusado o de su abogado[79].

3.4.3 LOS MEDIOS PROBATORIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Los Tratados Internacionales no establecen procedimientos únicos para la obtención, producción y valoración de la prueba, seria superfluo considerando que existe una gran gama de normativas de este tipo en el derecho interno.

No obstante esto, los tratados Internacionales han establecidos parámetros como limites mínimos para hablar ciertamente de verdaderos

[79] Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992);

medios de prueba, y las cuales hemos mencionado ya dentro del debido proceso y el derecho de defensa.

Por ello, comentamos refiriéndonos al debido proceso, la necesidad imperiosa de contar con garantías mínimas en el proceso, y estas no solo abarcan el juicio, sino cada una de las etapas procesales, desde la detención administrativa hasta la sentencia; Así mismo para posibilitar la Defensa efectiva del imputado es necesario que este cuente con la oportunidad de producir prueba, de contradecirla, de preparar una estrategia en contra de la prueba de cargo.

Los medios probatorios siempre y cuando sean lícitos, es decir aceptados como tal por la legislación, y sean legítimos, entendidos como aquellas pruebas obtenidas conforme a las reglas establecidas y en respeto a las garantías, responden a las expectativas de los tratados internacionales antes descritos y que se refieren de manera general al debido proceso y el derecho de defensa.

Una vez verificado en los medios de prueba la garantía del debido proceso, es indispensable también procurar el cumplimiento efectivo del derecho de defensa respecto de esos medios probatorios.

Y resulta conforme a los presupuestos de los tratados internacionales, el que se posibilite a los imputados la información sobre las pruebas de cargo para preparar en igualdad de condiciones su defensa, asimismo es necesario el tiempo necesario para posibilitar un verdadera contradicción de las pruebas durante la tramitación del proceso, máxime en el desarrollo del juicio oral, donde impera la contradicción y la oralidad.

Para que el derecho a la defensa tenga verdadero significado, el acusado ha de tener derecho a estar presente en su juicio y a defenderse personalmente. El acusado también tiene derecho a ser asistido por un defensor. El derecho a ser asistido por un defensor incluye el derecho a elegirlo

o, cuando lo exige el interés de la justicia, el derecho a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente en caso necesario.

El acusado y su abogado, de tenerlo, han de disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Asimismo, el acusado debe disponer de una oportunidad igual a la de la acusación para presentar sus argumentos que incluye el derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos.

3.4.3.1 NORMAS PERTINENTES

Artículo 14.3.d del PIDCP:

«Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;»

Artículo 8.2.d de la Convención Americana:

«Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se 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: [...]

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; [...]»

3.5 REGIMEN DE PROTECCIÒN A TESTIGOS DEL CODIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO Y LA VIOLACION A LOS DERECHOS Y GARANTIAS.

Casado Pérez y otros, en el Código Procesal Penal comentado relacionan respecto al tema que “El Régimen de protección de testigos y peritos fue establecido por DL 281/2001, de 8 de febrero, mediante la adición al Código Procesal Penal (de hoy en adelante CPP) de los artículos 210-A a 210-G, que establecen un sistema de protección de testigos y peritos parecido al de la ley española[80], con la salvedad de que no se prevé el cambio de identidad del testigo o perito ni la habilitación de fondos públicos para la reubicación residencial y laboral del mismo.

La intención inicial del legislador parece haber sido la promulgación de una ley especial de aplicación a cualquier tipo de proceso, como lo acreditan los últimos incisos de los Arts. 10-D y 210-E, en los que respectivamente, se hace referencia a la posibilidad de aplicar las normas de protección a procesos distintos de los penales y se menciona por error la palabra decreto (210-E). Sin embargo, finalmente se opto por aplicarlas medidas solamente a los testigos y peritos de actos delictivos que intervengan en procesos penales, sea en sede administrativa o judicial, es decir por razón de su intervención ante la Policía, la Fiscalia o el Órgano Judicial.

Por otro lado, la adopción de las medidas de protección tiene carácter discrecional, en el sentido de que tendrá que valorarse previamente por la autoridad que corresponda si existe o no racionalmente una situación de peligro para la persona o bienes del testigo o perito, o para los de sus familiares. Solamente la victima del delito, o sea o no testigo de la causa, establece el Código que tendrá derecho a que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, cuando sea menor de edad, lo solicite la propia victima o la

[80] Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos.

revelación de su identidad pueda implicar un peligro evidente para la misma (Art. 16.3 CPP).

Los destinatarios de las medidas son los testigos y peritos en causas criminales, y la victima del delito (Art. 210-G), sea o no testigo de la causa, cuya protección, puede tener carácter preceptivo, porque bastará para su aplicación con que la solicite la propia victima (Art. 13.6 CPP), siempre que no afecte el derecho de defensa del imputado.

Desde el punto de vista material, podemos sintetizar las medidas de protección previstas en la legislación Salvadoreña de la siguiente forma:

a) *Medidas Genéricas de protección policial y asesoramiento legal:*

- La asignación de una protección policial especial que deberá otorgarse desde que exista el mas mínimo indicio de peligro hasta que dicho peligro racionalmente pueda darse por finalizado, lo que por lo general ocurrirá bastante después de que haya concluido el proceso.
- Como instrumento de dicha protección, la ley dispone específicamente que se le facilite a la persona protegida un vehículo oficial y que se emplee un local reservado, para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, donde deberá prestar testimonio. El local en cuestión deberá facilitarse a la persona protegida allá donde será requerida oficialmente su comparecencia (Policía, FGR, Juzgado o Tribunal).
- Además, se establece una posible protección jurídica e incluso psicológica, en el sentido de que la persona amenazada deberá recibir, si lo solicita, asesoría legal gratuita sobre aspectos relacionados con su situación procesal. Dicha asesoria debe ir acompañada lógicamente de medidas de protección complementaras contra cualquier tipo de amenaza, hostigamiento y daños, lo que incluye el ejercicio de la acción

penal por la FGR contra quienes amenazaren o inquietaren de alguna manera al testigo o perito.

b) Medidas de preservación de la identidad e imagen del testigo o perito durante la fase de Instrucción

- La no constancia en las diligencias judiciales de cualquier dato que permita la identificación del testigo o perito: nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión.
- La asignación a aquellos de un número o clave secreta para su identificación procesal.
- La realización de las citaciones y notificaciones de manera reservada.
- La utilización, durante la práctica de cualquier diligencia, de cualquier medio que imposibilite su identificación visual: mamparas de separación, uso de pelucas y gafas.
- El establecimiento durante las comparecencias del testigo o perito de una zona reservada fuera de la sala de audiencia, debidamente custodiada, donde permanecerán antes y durante su declaración.
- La prohibición de hacer fotografías al testigo, perito o victima protegidos y de registrar su imagen por cualquier medio de reproducción, debiendo confiscarse o secuestrarse en el acto el material fotográfico o fílmico utilizando para la reproducción de la imagen de la persona protegida.

C) Medidas de preservación de la imagen, pero no de la identidad, durante la fase del juicio plenario:

- La ubicación del testigo o perito en una zona reservada fuera de la sala de audiencia, debidamente custodiada, donde permanecerán antes y durante su declaración.
- La prohibición de reproducir la imagen de la persona protegida por cualquier medio.

- La utilización, durante la declaración del testigo o perito, de medios que impidan ser visto por el imputado.

D) Medios posteriores a la celebración del juicio oral:

- *Notificación de la sentencia recaída en primera y segunda instancia.*
- *Información sobre la posible evasión o próxima puesta en libertad del condenado.*

Como vemos, algunas de las medidas de protección son de carácter extraprocesal y, por tanto, intrascendentes desde un punto de vista de la afectación del derecho de defensa; otras, por el contrario, deben ponderarse en su aplicación en función de su alcance procesal. Son medidas extraprocesales: la protección policial, la puesta a disposición de un vehículo oficial, la prohibición de hacer fotografías y la obligación de facilitarles asistencia legal e información sobre el desarrollo y resultado del proceso y sobre la situación personal del imputado. Son medidas procesales: la preservación de su imagen e identidad del testigo o perito durante la instrucción y la preservación de su imagen y la restricción de la publicidad durante el plenario o práctica de prueba anticipada.

La ocultación de la identidad del testigo, incluso si se trata de la victima del delito en los casos previstos en el art. 13.6 CPP, solo puede tener lugar hasta el preciso momento de la celebración del juicio oral. Si leemos detenidamente el art. 210-D del CCP, se observa, por una parte, que la preservación de la identidad, mediante el empleo de medidas que establece el precepto, se hará sin perjuicio de la acción de la contradicción que asiste a la defensa del procesado, y, por otra, la no revelación de la identidad del testigo se refiere específicamente a las diligencias que se practiquen, pero no al acto supremo del plenario. Durante el mismo, el derecho de defensa exige conocer con cierta antelación la identidad del testigo o perito, con el fin, si fuera preciso,

de acreditar su falta de credibilidad o la existencia de un motivo de falta de idoneidad en el perito.

En el art. 315 CPP establece que, presentada la acusación, el juez de instrucción pondrá a disposición de todos los convocados a la audiencia preliminar las actuaciones y evidencias, para que puedan consultarlas en un plazo común de cinco días. Obviamente, dicha norma no será de aplicación en el caso de que la autoridad judicial correspondiente –juez de instrucción y ratificación posterior del tribunal de sentencia- se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo- sea o no victima del delito, el art. 13.6 CPP establece el derecho a que no se revele su identidad ni la de sus familiares; y para los testigos y peritos en situación de riesgo, el art. 210-D prevé la misma medida de preservación de identidad.

La preservación de la imagen del testigo protegido en determinadas circunstancias no tiene porque afectar a la regularidad del proceso, aunque existen procesalistas que opinan lo contrario.

También resulta legitima, siempre que existan razones para ello, limitar la publicidad de la audiencia mientras declara el testigo o perito protegido. El art. 327, inciso 1º CPP, que se reitera básicamente en el art. 272 CPP, establece que el tribunal podrá ordenar por resolución fundada la reserva total o parcial de un acto procesal cuando, entre otras razones, lo exija el interés publico o este previsto en una norma especifica. En el caso de la protección de testigos o peritos, existe un interés público en el correcto funcionamiento del derecho estatal a la persecución penal y en la efectividad del derecho de la victima a la tutela judicial. La posibilidad de declarar en una “zona de exclusión” (art. 210-D), o en un “local reservado para el uso exclusivo” (letra g. del mismo articulo) del testigo o perito protegido es, por otra parte, la norma especifica a que aluden los art. 272 y 327, habilitantes de la no publicidad.

Es mas no seria descabellado dar validez a la declaración por videoconferencia desde un lugar alejado de la sala de audiencia. El imputado

presenciara la declaración a distancia, pudiendo siempre comunicarse telefónicamente con su abogado. Lo ideal, no obstante, es que se produjese una modificación puntual del Código en ese sentido, que regulase también el testimonio a distancia de los testigos o peritos residentes en el extranjero. Al respecto, la declaración debería de realizarse en la fase de instrucción darle valor de prueba anticipada, para lo que seria preciso levantar un acta y remitirla al tribunal de sentencia con la correspondiente grabación y la expresa manifestación del juez y las partes sobre la fiabilidad del resultado de la diligencia.

Debe tenerse en cuenta que la existencia de un temor fundado de que un testigo se oculte o ausente constituye un presupuesto de la declaración testifical anticipada (art. 190, 270 CPP), que serviría para probar los hechos en el plenario mediante su lectura (art. 330.1 CPP). La referencia del articulo 190 CPP a la posibilidad de que un testigo se oculte o se ausente se puede conectar lógicamente a la amenaza y al miedo como causa de dicho comportamiento. En esta situación podría incluso hablarse de irreproducibilidad de la declaración en el juicio oral en términos de veracidad. Este, precisamente, parece ser el fundamento del art. 270, inciso 5º, CPP, adicionando por DL 487/2001, de 18 de julio, a cuyo tenor “en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderán necesaria la practica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este articulo.

Para finalizar, teniendo en cuenta las medidas concretas de protección que establece la ley salvadoreña y los destinatarios de la misma, se pone de manifiesto su insuficiencia y la eficacia relativa de las mismas. La realidad del país son las graves y frecuentes amenazas a los testigos de graves hechos delictivos, cuando no, en casos extraordinarios, la simple eliminación de los mismo. Dicha realidad debe ser enfrentada por las instituciones publicas que intervienen en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, a partir del convencimiento de que la drástica reducción del grado de impunidad y la

percepción de ello por la opinión publica es el medio mas eficaz de protección de quienes se ven obligados, moral y jurídicamente, a colaborar con la administración de justicia"[81].

3.5.1 EL DEBIDO PROCESO Y EL TESTIGO ANÓNIMO DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

Los comentarios anteriormente trasladados, mencionen a gran escala ciertos parámetros y límites a que debe sujetarse la aplicación de las medidas de protección.

Asimismo, el Código Procesal Penal respondiendo a principios generales del derecho establece parámetros generales de estricto cumplimiento dentro del proceso penal, con apego a las normas Constitucionales y los Tratados Internacionales, y que constituyen caracteres innegables de todo Estado de Derecho.

La posibilidad de reservar la identidad de un testigo, que a juicio del juez se encuentre en una situación de peligro, constantemente resulta en un retroceso en materia de garantías y mas específicamente en lo que se refiere al debido proceso y el derecho de defensa.

3.5.1.1 LA IGUALDAD DE LAS PARTES Y SU VULNERACIÓN POR EL ANONIMATO DEL TESTIGO.

El primer elemento que señalaremos se refiere a la igualdad de las partes, considerado como un elemento sustancial y dogmáticos del proceso; el cual concretamente se ve afectado por la utilización de la figura del testigo

[81] Código Procesal Penal Comentado. CASADO PEREZ y otros. Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

anónimo, en razón de limitar a las partes los mismos medios de ataque y de defensa.

En este sentido debemos especificar, que el hecho de ocultar a la defensa la identidad de un testigo, ubica en desventaja a la parte defensora que no tiene la posibilidad racional de hacer valer sus alegatos.

Esta desventaja se magnifica al momento del juicio oral, en el cual la defensa acude sin conocer previamente la identidad del testigo razón que impide preparar un contra interrogatorio para desvirtuar la declaración o la persona del testigo.

El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación, cuestión que se ve atacada gravemente con la permisibilidad que da la ley de ocultar la identidad de un testigo hasta el momento del plenario.

La exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria. De esta forma se trata de reducir al mínimo el desequilibrio real que en el proceso penal existe entre quien acusa y quien soporta la acusación, dotando al imputado de facultades equivalentes a las de los órganos encargados de la persecución penal para defenderse de la imputación. Por ello, frente a cada alegato, prueba o en general actividad procesal desarrollada por una de las partes debe reconocerse a la contraria la posibilidad de desarrollar otra equivalente. Considerando lo planteado anteriormente la ley posibilita vulnerar esta exigencia a juicio discrecional del juez de la causa, ocasionando un desequilibrio entre las partes al imposibilitar al defensor contradecir la imputación que es basada en el dicho de un testigo desconocido por este.

Como última valoración al respecto decimos que la igualdad de las partes debe ser considerada en todo el proceso, en el sentido de tener acceso y

conocimiento en igualdad de condiciones de todas las situaciones relacionadas al proceso, y más íntimamente en lo que respecto al plano de los medios probatorios.

3.5.1.2 LAS GARANTÍAS DE ORDEN PROCESAL Y SU VULNERACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL TESTIGO ANÓNIMO.

Se ha establecido por el Código Procesal Penal una seria de reglas procedimentales que constituyen un orden irrestricto y concatenado de principios y garantías de las que se exige el integro cumplimiento de los mismos. Estas reglas constituyen parte esencial del debido proceso y por lo tanto no deben de pasarse por alto por regla general.

Una de estas garantías es la que se refiere al Derecho de Aportación de Prueba, la que permite a las partes dentro de proceso ingresar a la esfera de conocimiento del juicio elementos probatorios de manera licita y legitima.

Este supuesto esta limitado por la misma ley a establecer un momento procesal oportuno para aportar las pruebas, así como unas reglas de exclusión de aquellos medios probatorios que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley.

La ocultación de identidad de los testigos, vulnera este principio en el sentido que por regla general existe un principio de comunidad de la prueba, que permite a las partes tener conocimiento de los medios que se aportan al proceso sin importar su contenido, origen o finalidad. La producción en el juicio plenario de un testimonio anónimo es el resultado del total desconocimiento por las partes, el derecho a aportación de prueba lleva conexo el principio de contradicción (del que hablaremos posteriormente), al existir una prueba de cargo la defensa necesita en todo caso un medio de prueba que ingrese al

proceso algun elemento de permita destruir lo que se pretende establecer con la prueba de cargo.

En este momento nos preguntamos, si es posible aportar medios de prueba (dígase testigos, documentos, etc.) que puedan desvirtuar el testimonio de una persona que se desconoce en todo momento?. Se ha imposibilitado materialmente al desconocer cualquier dato que permita establecer un grado de duda sobre la certeza de lo dicho por un testigo anonimo mediante otro medio probatorio. No es objeto del proceso llevar a juicio la credibilidad de un testimonio, pero si es necesario para la defensa desvirtuarlo para provocar un grado de duda razonable que haga prevalecer la presunción de inocencia.

Otro elemento esencial que constituye una garantía de orden procesal, es el principio de contradicción, este elemento se concretiza en todo acto en donde las partes se vean confrontadas directamente principalmente en el acto del juicio plenario. Este principio posibilita a ambas partes discutir y contradecir las observaciones, alegatos y elementos producidos por la parte contraria.

Este principio toma mayor realce al momento del examen de los testigos, ya que es donde las partes tienen la posibilidad directa de ejercer un control sobre el contenido de los medios de prueba, y los cuales son los que valora el juez al momento de dictar sentencia.

Este principio se vulnera gravemente en el supuesto de los testigos anónimos, la defensa en su caso tiene la oportunidad procesal de ejercer el contra interrogatorio, el cual se ve limitado a versar sobre los datos arrojados por el interrogatorio, cuestión que se vuelve mas delicada en los casos de prueba anticipada, donde las reglas del juicio oral son limitadas.

Debemos de señalar que la posibilidad del juzgador de percibir las reacciones faciales, de comportamiento, de tono de vos, permiten hacer una mejor valoración, datos que se ven pormenorizados en razón de encontrarse el testigo fuera de la esfera visual de los juzgadores.

Existen un sin fin de reglas que constituyen parte esencial del debido proceso, pero nos hemos limitado a señalar a aquellas que resultan vulneradas en la utilización de la figura del testigo anonimo en los procesos penales.

3.5.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU VINCULACIÓN CON EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

Es necesario dentro de un verdadero estado de derecho, que se establezcan los medios necesarios legales y materiales a todos los sujetos intervinientes en un proceso penal para que se encuentren en igualdad de condiciones.

El derecho de defensa posibilita al imputado la oportunidad de intervenir en el proceso con la finalidad de preservar sus derechos durante el proceso los cuales corren peligro en razón de la imputación procesal.

Para que exista una verdadera igualdad de partes se le imponen principalmente al órgano jurisdiccional determinadas obligaciones procesales que en esencia son reglas o presupuestos dentro del proceso, y aunque la aplicación de un régimen de protección consistente en la figura del testigo anónimo responde a reglas procesales, no puede ejecutarse las mismas en detrimento de otras de igual jerarquía, y que con su inobservancia vulnera principios generales del derecho.

El derecho de defensa reviste un carácter contradictorio que se supone que las partes están en pie de igualdad ante un tercero imparcial, pero la aplicación del régimen de protección a testigos menoscaba el derecho defensa del imputado puesto que le limitan las posibilidades de ejercer una buena defensa, Si bien la identidad del testigo debe ser protegida esta debe ser revelada con antelación para poder acreditar su falta de credibilidad, así lo exige el derecho de defensa. Bajo este supuesto se imposibilita el derecho del

imputado de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y hacer comparecer a los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo y así ejercer la acción de la contradicción.

A partir del hecho que la defensa técnica y material desconoce en su totalidad la identidad del testigo durante la fase de instrucción, identidad que viene a conocer al momento de la vista publica y que por lo tanto le impide un efectivo control de la prueba. Así, pues, esta practica viola el derecho de defensa del imputado, El derecho de defensa garantiza que ambas partes cuenten con el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa que es un principio de fundamental de igualdad de condiciones, en donde ambas partes deben de tener garantizado el tiempo suficiente para preparar y presentar sus argumentos en el proceso. El imputado esta casi imposibilitado para preparar su defensa si no conoce la identidad del testigo que declarara en su contra, por lo tanto, no podrá, desvirtuarlo o preparar un correcto contrainterrogario o hacer uno deficiente. El imputado no podrá acceder a circunstancias personales del testigo (relaciones familiares, de amistad, de enemistad, intereses económicos, pleitos pendientes, etc. que puedan existir, ya sea entre el imputado y el testigo o entre el testigo y la víctima), o demostrando talvez antecedentes del testigo, de diversas naturalezas (drogadicción, alcoholismo, reputación, condenas por falso testimonio, etc.), que lo hagan poco creíble, y así desvirtuar su declaración y restar valor probatorio. Lo que supondrá una desventaja en contra de su adversario que tuvo todo el tiempo necesario para preparar al testigo para un interrogatorio directo.

3.5.2.1 LA IGUALDAD DE ARMAS COMO PARTE DEL DERECHO DE DEFENSA Y SU IMPLICACIÓN RESPECTO AL TESTIGO ANONIMO.

Consideramos anteriormente la igualdad desde una perspectiva relacionada al debido proceso, hoy lo comentaremos en relación al Derecho de Defensa.

El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación. Por ello, se dice que un aspecto que incorpora la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el derecho que se reconoce al imputado en relación con la producción de la prueba como derecho a probar y a controlar la prueba del adversario.

En este sentido la figura del testigo anónimo, limita en gran proporción la posibilidad de la defensa de interactuar con el testigo de cargo en igualdad de condiciones, somete al defensor a intervenir en la prueba en clara desventaja respecto al acusador por desconocer hasta momento antes del examen probatorio cualquier dato que pueda controvertir.

La exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria, es vulnerado por la utilización del testigo anónimo, al no ser eficaz la posibilidad de defenderse en igualdad de condiciones, desnaturalizando con ella la esencia propia del derecho de igualdad de armas.

La igualdad de condiciones, que debe observarse durante todo el proceso judicial, significa que ambas partes deben ser tratadas de forma que se garantice su igualdad en relación a los procedimientos judiciales y su igualdad para exponer su argumentación. Significa también que cada parte debe disponer de una oportunidad razonable para exponer sus argumentos, en condiciones que no la sitúen en desventaja frente a la parte contrincante. Efectivamente el anonimato de un testigo somete a la defensa a muy pocos

datos irrelevante que pueden ser desvirtuados, limitándose poder contra argumentar lo dicho por el testigo.

En el proceso penal Salvadoreño, en los que la acusación tiene a su disposición a toda la maquinaria del Estado, el principio de igualdad de condiciones es una garantía esencial del derecho a la defensa. Este principio garantiza que la defensa dispone de una oportunidad razonable para preparar y presentar sus argumentos en igualdad de condiciones que la acusación. Comprende el derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, e incluye la obligación de que la acusación revele toda la información pertinente. También incluye el derecho, a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos, Este principio de igualdad se quebrantaría, por ejemplo, si el acusado no tuviera acceso a información necesaria para preparar su defensa, si se negara al acusado acceso al testimonio de peritos.

En base en lo anterior podemos señalar que la defensa no cuento con el tiempo ni los medios necesarios para preparar y presentar los argumentos que permitan sostener la inocencia del imputado, al permitirse la utilización del testimonio anonimo dentro del proceso penal.

El derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos garantiza a la defensa la oportunidad de hacer preguntas a los testigos que prestan declaración en favor del acusado y a refutar el testimonio de los que lo hacen en contra. El interrogatorio de testigos tanto por la acusación como por la defensa permite al tribunal oír los testimonios y las refutaciones de estos testimonios. Cuestion que se vulnera al impedir a las partes procesales conocer cualquier dato que pueda identificar al testigo oculto, y permita refutar su testimonio o su credibilidad.

El derecho del acusado a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa incluye el derecho a preparar el interrogatorio de los testigos de cargo. Existe, pues, una obligación implícita de la acusación de comunicar a la defensa, con la adecuada antelación, la lista de los testigos de

cargo que piensa hacer comparecer en el juicio. El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo significa que todas las declaraciones deben normalmente exponerse en presencia del acusado en una audiencia pública, que permita refutar los testimonios y examinar si los testigos son fiables y dignos de crédito. Aunque se permiten excepciones a este principio, éstas no deben infringir los derechos de la defensa.

La utilización de la declaración de un testigo anónimo (es decir, de un testigo cuya identidad no es conocida por la defensa en el juicio), viola el derecho del acusado a interrogar a los testigos, al privar a éste de la información necesaria para cuestionar la fiabilidad del testigo. La utilización de declaraciones de testigos anónimos puede hacer injusto el proceso. Diversos tribunales internacionales como la comisión interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos se han manifestado inconformes con la utilización del testigo anónimo pues consideran que las declaraciones de los testigos deben realizarse con normalidad en la audiencia pública y que si bien existen excepciones estas no deben infringir el derecho de defensa y de igualdad de armas.

3.6 ANALISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS de 25/05/2006

En El Salvador se venia dando hace un tiempo, aunque no existían estadísticas oficiales fiables, un aumento imparable de los supuestos de incomparecencia de testigos a las audiencias orales o vistas publicas por temor o por consumadas amenazas de parte de los imputados en los procesos penales. Se dio una respuesta legislativa mediante las reformas al Código Procesal Penal al crear el Régimen de Protección a Testigos enfocándose en la utilización de mecanismos tendientes a reservar la identidad de los testigos, y

que desencadenaron la utilización de la figura del testigo anónimo. Pero dicha norma no sirvió para eliminar definitivamente el problema pues no era lo suficientemente incisiva por falta de instituciones efectivas, no evito la imperiosa necesidad de crear otro tipo de instrumentos en este caso la ley especial para la protección de victimas y testigos para tratar erradicar el problema, y valorando el hecho que todo el régimen de protección de testigos se ha convertido en un mecanismo que posibilita, la infracción de garantías como el debido proceso y el derecho de defensa.

3.6.1 FINALIDAD.

Los fines propuestos por determinada ley son irreprochables pero el tiempo que falta aun para su aplicación solo conduce al escepticismo respecto a los resultados prácticos que esta deberá ofrecer dado la falta de desarrollo reglamentario de muchos contenidos de la ley.

La lectura de los considerándos de la ley demuestra de que en muchas ocasiones los ciudadanos no colaboran, o lo hacen a regañadientes o, si se prefiere, desatienden el deber constitucional y legal de cooperar con los autoridades policiales y con la Administración de Justicia, por causa de sentir miedo o temor a enfrentarse con el acusado o personas de su entorno y/o sufrir eventuales venganzas o represalias de los mismos, en particular, cuando el testigo lo es la propia víctima del delito. Los fines de la ley son generar confianza, seguridad y protección verdadera al que por sentirse atemorizado se niega a colaborar con el *"ius puniendi"* del Estado.

Los objetivos de la ley vienen dados en su articulo 1 al señalar que dicha ley tiene por objeto crear las medidas de protección y atención que se proporcionarán a las 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, peligro que pueda provenir de personas para la cual su testimonio pueda ser utilizado en su contra como prueba de cargo; y permitir a la autoridad judicial mantener el anonimato de aquellos testigos, con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios, evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones de los acusados.

3.6.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

El artículo 1 de la ley señala textualmente que:

“Las medidas de protección y atención que se proporcionarán a las 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”

Y el articulo 2 señala que:

“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 o peligro por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos.”

Se entiende que la Ley en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo abarca y comprende todos y cualesquiera clase procedimental vigentes en nuestro Orden Procesal Penal. Es decir que abarca todos los tipos procesales y no solo se reduce a cierto tipo de ámbitos, en donde se impuso un criterio de no distinción.

Siendo así, poco importará la clase, naturaleza, o gravedad de los delitos bastando con la constatación de la existencia de un proceso penal en el que

sea factible y procedente la adopción de cualquiera de las medidas protectoras de las enumeradas legalmente.

En cuanto a la determinación del ámbito subjetivo de aplicación;

El artículo 2 señala que:

“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 o peligro por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos.”

A partir de las reformas al código procesal penal el legislador trata de rescatar del abandono en que se encontraba la victima, hasta ahora mero espectador de piedra del proceso penal. También la victima es testigo y desde luego con mayores motivos que nadie se hace merecedor a acogerse a las medidas protectoras que en la Ley se contemplan, de concurrir, en su persona los requisitos y presupuestos requeridos.

Cual es la de que por definición el testigo es un terceros ajeno al proceso, que es llamado a declarar o informar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de hechos o conocimientos empíricos acaecidos con anterioridad al proceso, por haberlos presenciado como testigo directo.

También dentro de este ámbito podemos incluir a los peritos que si bien la ley no los menciona expresamente en su articulo es posible incluirlo gracias a la amplitud de sujetos que pueden ser objeto de la ley según los artículos 1 y 2. El perito al igual que el testigo es un tercero ajeno al proceso que es llamado a informar hechos o conocimientos y explicarlos conforme a su ciencia.

Por otro lado también se hace referencia a los familiares de los testigos de en un proceso penal, los cuales también se entiende que pueden ser susceptibles de protección inmediata gracias al vinculo familiar que posee con los testigos o victimas que son los principalmente protegidos por la ley.

En consecuencia, puede concluirse que tales "familiares" no son titulares directos o sujetos activos protegibles inmediatos de los preceptos de la Ley aunque puedan, mediata e indirectamente, verse favorecidos de los efectos protectores derivados de las medidas que fueron acordadas en favor de su principal, al que familiarmente aparecen vinculados.

3.6.3 PRESUPUESTO MATERIAL DE APLICACIÓN

El presupuesto o requisito material de aplicación de la Ley, se contempla en el artículo 2 de la referida ley. Y consiste en la existencia de situación real de riesgo o peligro para el testigo, en razón de estar relacionado a un proceso penal, ya sea en virtud de la peligrosidad del imputado, por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, la relación del imputado con el crimen organizado o corrupción.

El artículo 3, fundamenta el presupuesto de aplicación material en los principios siguientes:

a) Principio de Protección: Toda autoridad, judicial o administrativa deberá considerar primordial la protección de la vida, integridad física y moral, libertad, propiedad y seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley.

b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad: Las medidas de protección y atención que se ordenen 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.

c) 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.

En este ordinal, en primer lugar, se confiere de modo amplio la potestad o facultad de acordar o no acordar la adopción de medidas protectoras urgentes previstas en la Ley a la autoridad judicial y administrativa. Tanto el Juez Instructor, el Tribunal de Sentencia, la Fiscalia General de la República pueden adoptar este tipo de medidas, en caso que consideren necesario, la cuales serán posteriormente validadas por la Unidad Técnica Ejecutiva previo dictamen.

Y, en segundo lugar, la norma examinada describe la situación material o de hecho que se erige en el pilar de apoyo y fundamento de la resolución judicial o administrativa, cual es la de la necesaria apreciación del “nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria de las mismas” para el sujeto solicitante de la medida; circunstancia habilitante que habrá de quedar justificada o acreditada. El juzgador o la autoridad administrativa deben valorar al grado de riesgo o peligro para el afectado directo o para su entorno familiar, valoración que debe de hacer a partir de la existencia de un estado de cosas por el cual la victima y el testigo ha sufrido ya o está en trance de sufrir, bajo presión de cualquier tipo, violencia o intimidación etc., es decir, un mal inminente y grave en sus bienes y derechos más esenciales (vida, salud e integridad física y psíquica, libertad, patrimonio, etc.) o en los de algunas de las personas de su familia, proviniente precisamente de parte de los acusados o personas allegadas a los mismos.

En este caso el legislador no quiso restringir a las autoridades judiciales y administrativas a módulos rígidos o preestablecidos, que son difíciles de concretar, y deja a total arbitrio de estos la ponderación o juicio valorativo en torno a la estimación de la concurrencia o no de la circunstancia de grave peligro o riesgo, y sobre su grado, extensión o intensidad.

Serán criterios de razonabilidad y experiencia los que determinarán la distinción entre situaciones subjetivas no graves (de mera incomodidad o reticencias) y de verdadero riesgo para la vida o integridad física e indemnidad, desarrollo, y equilibrio psíquicos (todos ellos bienes jurídicos tutelados penalmente); y los que permitirán ponderar el derecho a un proceso justo del acusado frente a la seguridad de los testigos y la efectividad de la prueba testifical o pericial como prueba de cargo o de descargo.

Lo anteriormente señalado resulta grave, tomando en consideración que la discrecionalidad en la aplicación de las medidas de protección, limitan en gran medida el derecho de defensa del imputado y el de contradicción durante el juicio oral, mas grave aun de ser contraria a todos los parámetros doctrinarios del debido proceso, contrario a los tratados y jurisprudencia internacionales, y mas grave contrario a la Constitución, se ha posibilitado el menoscabo de derechos fundamentales de carácter constitucional con una normativa de jerarquía inferior.

A partir del artículo 4 hasta el artículo 9 se hace referencia únicamente a las definiciones para efectos de la ley y sobre los organismos y competencias razón por la cual no se hará ningún análisis al respecto.

3.6.4. MEDIDAS PROTECTORAS -CLASIFICACIÓN-

Las medidas protectoras son, unas de pura naturaleza económica o pecuniaria y otras de puro orden procesal; las primeras, costosas para el erario público, pero sin ninguna incidencia o menoscabo en el sistema garantista diseñado por nuestra Constitución para el ejercicio del derecho de defensa; las segundas, sin coste apreciable para las arcas públicas, pero provocadoras de mermas y restricciones tolerables respecto a aquel derecho y de consagrados principios procesales, sobremanera los de contradicción y publicidad.

Pueden ordenarse las medidas protectoras, para su exposición, en dos grandes grupos, a saber:

a) Medidas dirigidas a preservar, salvaguardar y ocultar la identidad de la victima y testigo en su estatus personal y profesional, hasta la celebración del juicio oral, -testigo anónimo/testigo oculto (todos los literales del art. 10) descritas como medidas de protección ordinarias;

b) Medidas de protección policial para garantizar la seguridad personal y patrimonial de la victima y testigo y de concesión de ayudas económicas excepcionales (art. 11 y 12, de la Ley).

Dentro de la primera categoría o grupo, hallamos medidas de mera no constancia y secretismo procesal, concretadas, en la eliminación en la fase de instrucción de toda referencia o mención al nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualesquiera otros datos que pudieran servir para identificar (números del DUI, NIT, licencia de conducir o profesional, de teléfono, etc.) a la victima o testigo protegido, se le asigna para fines meramente referenciales o sustitutivos de los datos identificativos de aquéllos- de un número, clave en dígitos, seudónimos o similares.

Tal ocultación y anonimato deberán ir acompañados de la fijación de un domicilio ficticio, en el que los sujetos protegidos puedan recibir las citaciones y notificaciones, cual será la propia sede del órgano judicial interviniente en cada momento.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con la anterior, se halla la medida de ocultamiento o dificultamiento del reconocimiento visual (facial y corporal) del sujeto protegido mediante el empleo de medios apropiados, a materializar en las comparecencias y demás actuaciones o diligencias a las que aquél fuera convocado.

Aquí, la gama de variantes del ocultamiento -algunas ya conocidas en la práctica diaria- es amplia colocación de capuchas, cascos, pelucas u otros postizos que es la mas utilizada en nuestro medio siendo de las mas

rudimentarias; pero es en el acto del juicio oral donde a fin de cuentas todas estas medidas no hacen sino retrotraernos a tiempos pasados, al constituir expresiones puras y duras, con todas las matizaciones que se quieran, del sistema inquisitivo, caracterizado, como es sabido, por la intervención "ex officio" del Juez y por el secreto del procedimiento en relación no sólo con los ciudadanos, sino con el propio imputado.

Como complemento de las medidas preservatorias de la identidad del testigo protegido y de su personalidad física se agregan otras tendentes a restringir y limitar la publicidad e información acerca de las mismas para la prensa escrita y demás medios de comunicación, con la evitación y prohibición para aquéllos de la captación de imágenes -grabadas o fotografiadas- de los sujetos protegidos; para hacer efectivas y eficaces todas las prevenciones anteriores.

De nada serviría mantener el anonimato y ocultación de la identidad de la victima o testigo protegido de puertas adentro de los Juzgados y Tribunales si luego, fuera de sus paredes, existe indiscriminada libertad de captación de imágenes o tomas fotográficas o audiovisuales, haciendo así ilusorios los esfuerzos del legislador, al quedar revelada y difundida la identidad protegida.

Y por lo que atañe a la aludida concesión de medios económicos para el cambio de residencia o lugar de trabajo la disposición legal no puede ser más vaga e imprecisa, al depender de la voluntariedad y sensibilidad de los encargados de cuantificar esa concesión que sirve de contrapartida excepcional a los peligros asumidos por la victima y testigo; voluntad que puede venir presidida por criterios de oportunidad política o presupuestaria y no de justicia.

Cabe destacar que la presente ley no contempla el establecimiento y reforzamiento de la protección de la garantías o principios procesales de la publicidad, inmediación y contradicción, no parece que sea acertado reglar el valor y eficacia de tales medios probatorios, máxime cuando tal regla de valoración nada nuevo establece respecto a la que ya es consolidada doctrina

en torno a cualquier probanza (y, por tanto, las derivadas de declaraciones o informes de victimas y testigos no protegidos); y que se condensan en la afirmación de que la prueba testifical y pericial ha de desarrollarse y practicarse en el juicio oral y a presencia del acusado y su defensa para que pueda otorgársele algún valor de cargo y con respeto de aquellos principios y del derecho de defensa; por lo que, a "sensu contrario", carecen de eficacia destructora de la presunción de inocencia aquellas probanzas no ratificadas y sometidas a contradicción en el plenario, a salvo de los excepcionales supuestos de imposible reproducción.

3.6.5 CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que el texto legal que se comenta trata de quebrar en lo indispensable y en una intensidad admisible, algunos derechos, principios, y garantías -de orden constitucional y procesal... como la publicidad, la contradicción y el derecho de defensa; y todo ello en aras de dotar, excepcionalmente, a las victimas y testigos que en el proceso intervienen, de un marco de protección específico que impida que su concurso se frustre o se vea mediatizado ante fenómenos de criminalidad peligrosa y muy grave.

Que en conjunto las medidas protectoras que la Ley acoge en el orden procesal no distorsionan groseramente las cautelas que la prueba testifical y pericial requieren para su valoración en el proceso, sin dejar de reconocer que alguna de tales disposiciones resuma rasgos y resabios inquisitivos, introducidos con fines legítimos y de tutela de otros derechos dignos de respeto en un Estado democrático y de derecho, por lo que siempre será preferible una aplicación mesurada de las mismas, que no equivale necesariamente a restrictiva.

La ley otorga los recursos de revocatoria y de revisión en sus artículos 26 y 27 respectivamente. Podemos meditar respecto a la impugnación de las resoluciones, que es grave el hecho de la injerencia de entidades administrativas en cuestiones jurisdiccionales que involucran derechos y garantías esenciales. Asimismo de la discrecionalidad que se otorga a dichas entidades administrativas para emitir resoluciones, en razón de no contarse siquiera aun con un reglamento a dicha ley, sin dejar a un lado la vaguedad con se utilizan los términos en la mencionada ley.

Dado el arbitrio concedido a la autoridad judicial y administrativa, no estaba de sobra la fijación de un concreto sistema de impugnación que, se especifica en el uso de los recursos pertinentes (de revocatoria art. 26 y en recurso de revisión art. 27). No obstante esto no resulta efectivo tomando en cuenta que no existe para ello un sistema judicializado independiente de impugnación, fuera de las entidades administrativas.

3.7 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RELATIVA AL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA Y LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS

La legislación comparada así como la jurisprudencia internacional, también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el punto que nos interesa. A continuación veremos algunos de sus criterios y razonamientos.

3.7.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

Al respecto basta señalar que, ya de modo directo o ya indirecto, todas las Constituciones políticas consagran el principio del debido proceso, del mismo modo que en los convenios o acuerdos internacionales que vinculan, si

no a todos, a la mayoría de los Estados, y particularmente a aquellos firmados y ratificados dentro del marco de las Naciones Unidas (ONU). Así, vamos a citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o ya dentro del marco de organizaciones regionales, como son la Convención Europea de los Derechos Humanos, entre los Estados que integran la Comunidad Europea (CE), y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, entre los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA); pero más allá de toda formulación legislativa del principio, su vigencia trasciende, puesto que se trata de un principio general, un valor jurídico que dentro del ordenamiento está por encima de la Constitución y demás leyes, y en el que subyace todo ordenamiento.

En términos generales, el Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

3.7.1.1 JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo es exigible a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al

derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

En la Opinión Consultiva 16/99 del 1º de octubre de 1999, la Corte sostuvo que, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

Este criterio ha sido reafirmado en diferentes decisiones a nivel de la región. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Congreso de la República es titular de la función jurisdiccional cuando a través de sus diferentes órganos ventila las acusaciones contra altos funcionarios del Estado mencionados en el artículo 174º de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que en dichos eventos las actividades que llevan a cabo la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes, la comisión de instrucción del Senado, la plenaria de ambas cámaras, etc.; constituyen una manifestación de la función jurisdiccional, análoga a las etapas de investigación y calificación que realizan los fiscales y jueces comunes.

3.7.1.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el debido proceso "está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y

normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos" (subrayado nuestro). Desde esta perspectiva el Tribunal ha precisado que "el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)".

Resulta interesante mencionar asimismo que el Tribunal Constitucional peruano ha determinado claramente que en las instancias o corporaciones particulares también es exigible el respeto del debido proceso. Así lo manifestó el Tribunal a propósito de una sanción aplicada a una persona en un procedimiento disciplinario llevado a cabo en una asociación deportiva. En esta decisión el Tribunal señaló que el respeto a las garantías del debido proceso también deben ser observadas "en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado (...)".

3.7.1.3 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA.

En cuanto al Tribunal Constitucional de Bolivia, esta corporación ha señalado también que las garantías del debido proceso son aplicables a toda instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar, como ocurre por ejemplo, en el caso de determinadas corporaciones de la Administración Pública.

3.7.1.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Respecto a este punto en argentina, se ha establecido en abundante jurisprudencia criterios respecto al alcance del debido proceso. La garantía del debido proceso involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías

sustanciales, tales como el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de defensa, que culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las previsiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa (CS, 1994/08/18, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

Por tanto, la garantía exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del numero de instancias que las leyes procesales establezcan según la naturaleza de las causas, pues la reforma constitucional de 1994 consagra expresamente el derecho del inculpado de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (Art. 8°, párrafo 2°, inc. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos), siendo voluntad del constituyente rodear a la persona inculpada de mayores garantías que al Ministerio Público, sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento (CS, 1997/10/14, "*A., J. D.",* La Ley, 1999-E, 908 [41.899-S]- ED, 178-529 - DJ, 1999-3-723, SJ, 1819).

Las garantías se acentúan cuando la referencia se dirige al proceso penal, donde se destaca que los principios del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (CS, 1992/09/01, "*González, Hilario R*.", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422).

3.7.1.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA.

La jurisprudencia ha establecido algunos requisitos para que los actos procesales de carácter probatorio, dentro del proceso penal, respeten la garantía del debido proceso. Ha dicho la Sala sobre el particular que “Cuando se realice un acto procesal de naturaleza probatoria, que implica la incidencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, la principal exigencia a nivel constitucional es que éste se dé mediante resolución debidamente fundamentada de juez competente; que dicha decisión tenga como presupuesto la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un
delito, aun cuando se ignore su supuesto responsable, en caso en que aún no se haya individualizado al imputado, no obstante que los elementos con los que se cuenta permiten razonablemente anticipar un resultado de interés para la averiguación de la verdad, que hace procedente la realización de la diligencia. La intervención del juez es una garantía de respeto al principio de no injerencia

Injustificada en los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo garantía de la interdicción de la arbitrariedad, así como del respeto al principio de proporcionalidad, pues ante la existencia de indicios comprobados de estarse en presencia de un delito, la intervención del juez pondera si éstos son suficientes—por la entidad del bien jurídico involucrado—para permitir una restricción a un derecho fundamental. Estos son los requisitos de legitimación sustancial del acto probatorio a realizarse “(**Voto 4845- 96).**

A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada existe, en consecuencia, una marcada tendencia a proteger las garantías del debido proceso no solamente en los ámbitos de actuación de los órganos del Poder Judicial sino ante cualquier instancia que tenga competencias para determinar derechos u obligaciones de cualquier índole, incluso instituciones de carácter privado.

3.7.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

3.7.2.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Cuando la relación se estudia con la eficacia de la defensa, se ha observado que no se ve afectado el derecho de defensa en juicio reconocido al imputado porque éste haya asumido su propia defensa si no se perjudicó su eficacia ni la normal sustanciación del proceso, pues tuvo oportunidad de ser oído, controlar la prueba de cargo, introducir prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas con el fin de obtener una sentencia favorable, máxime si se tiene en cuenta su condición de letrado (CN Casación Penal, Sala IV, 2000/08/29, " Villaverde, Silvia E.", La Ley, 2001-A, 467).

Por eso algunos cercenan o estrechan el campo de la libertad que la Convención Americana establece y sostienen que, el derecho a la jurisdicción, con la amplitud que propugna el Pacto de San José de Costa Rica, nada agrega a las previsiones del ordenamiento jurídico argentino, ya que se encuentra garantizado por el Art. 18 de la Ley Fundamental.

La inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y los derechos que asegura la Constitución, supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y que el litigante sea oído y se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento. Tal garantía incluye el derecho a lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando la prolongación de los procesos indefinidamente (CN Fed. Contencioso-administrativo, Sala II, 1994/03/10, "Celulosa Moldeada S. A.", DJ, 1995-1-312).

A veces se concreta que, el derecho constitucional de defensa en juicio requiere, para su normal ejercicio, que las pretensiones de la parte sean debidamente exteriorizadas en tiempo oportuno para que su contraria, no sólo

pueda formular las objeciones y réplicas al respecto, sino también para que se puedan ofrecer las pruebas que considere necesarias para desvirtuar las conclusiones de su adversaria, e impide que uno de los litigantes goce de mayores oportunidades de ser oído y de aportar pruebas (CN Com., Sala C, 1990/07/30, "*Safico, S. A. c. Sáenz Valiente Bullrich y Cía. Y otros*", La Ley, 1990-E, 302 - DJ, 1991-1-582).

Enseguida, la regla genérica que sostiene la inmaculación del derecho de defensa. Si bien la preservación de la garantía de defensa en juicio no exige una mecánica traslación al juicio político de las normas vigentes en el marco de los procesos judiciales, debe exigirse como presupuesto de validez el respeto de los principios que hacen a la estructura de todo tipo de juicios y que revisten condición de axiomas para la Constitución Nacional, cuales son, la ocasión de hacer valer los medios de defensa, y la garantía de un pronunciamiento racionalmente fundado por un tribunal imparcial(del voto de los doctores Nazareno y López) (CS, 1994/08/18, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995- 1-954 - ED, 160-15).

La garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (CS, 1991/07/23, "*Alonso, Jorge F. y otros*", La Ley, 1991-E, 637 - DJ, 1992-1-547).

3.7.2.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

El imputado tiene el derecho de comunicarse sin restricciones con su defensor. También incluye el acceso sin limitaciones a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatir, especialmente mediante las repreguntas, la tacha o recusación de testigos, lo que implica que tanto al imputado como a su defensor se le deben dar audiencia sobre los peritajes y dictámenes técnicos. También

tiene derecho, salvo excepciones muy calificadas, a un proceso público y a rendir declaración sin ninguna coacción.

3.7.2.3 JURISPRUDENCIA DE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Un aspecto de especial importancia en relación a este tema lo constituye la garantía de poder acceder al expediente judicial. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el derecho a la defensa técnica debe estar garantizada desde el mismo momento en que se ordena investigar a una persona y que no basta con que se garantice la presencia física del abogado sino que se le debe permitir el acceso al expediente.

3.7.2.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS Y CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO.

Desde la perspectiva jurisprudencial, en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, ha señalado que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, *bajo las mismas condiciones*, con el objeto de ejercer su defensa, y entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores vulnera el derecho, reconocido por la CADH, de la defensa de interrogar testigos[82].

[82] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros,* de 30 de Mayo de 1999, en Sitio Web de la Comisión andina de Juristas, en http://www.cajpe.org.pe/Buscadores CAJ.htm.

La CIDH “siempre ha aplicado criterios flexibles en la recepción de prueba”. [83] En este sentido, se adhiera la jurisprudencia internacional que “ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas”[84], y en tal virtud reconoce la posibilidad de “utilizar una adecuada valoración de la prueba según la regla de la sana critica, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados tomando en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana”[85].

En suma, los procedimientos que se desarrollan ante la Corte según Sergio Ramírez, “no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los limites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes”[86].

Conviene destacar, como lo hace la propia jurisprudencia, que la flexibilidad procesal no es ilimitada, de manera que permita cualesquiera variaciones en aras de una verdadera o supuesta realización de la justicia. De hecho, las reglas del proceso se establecen para garantizar, hasta donde es posible, la obtención de aquel objetivo. En este orden, el fin y los medios deberían ir de la mano. Obviamente, no siempre será fácil lograr el equilibrio deseable, pero en todo caso será indispensable procurarlo. En otra oportunidad, al analizar la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, se ha

---

[83] Estos criterios se recogen en la sentencia de reparaciones dictada en el caso Casillo Páez de 27 de noviembre de 1998. sobre el párrafo citado (Párr. 38), el tribunal invoca precedentes de otros órganos y de la misma Corte; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, num. 4 Párr... 127.
[84] Ídem.
[85] Ídem.
[86] Caso Loayza Tamayo, reparaciones, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Párr... 38, citado por Sergio Garcia Ramírez en “Algunos Criterios recientes de la CIDH”.

subrayado que a diferencia de lo que pretende el impugnable principio de que el fin justifica los medios, en estos casos la justicia de los medios concurre a justificar el fin alcanzado.

Por lo pronto la jurisprudencia insiste en la preservación del equilibrio entre las partes; de no haberlo, se alteraría una regla crucial del enjuiciamiento democrático. Además, el tribunal pone atención en la "seguridad jurídica" tomando en cuenta que la superficial la observancia de las normas procesales afectaría la seguridad que las partes deben tener con respecto a sus derechos y deberes, cargas y dispensas: el proceso devendría oscuro y aleatorio.

Por otra parte, el hecho de que la admisión y valoración de pruebas no se halle sujeta al rigurosos formalismo que todavía caracteriza a ciertas legislaciones nacionales, no implica que se desatiendan normas explicitas del procedimiento internacional, establecidas para seguridad del proceso y garantía de las partes, o se desechen reglas naturales o inherentes al carácter mismo de la o las pruebas y a los principios generales rectores del procedimiento, como el régimen de contradicción y el análisis critico de la prueba.

En el ámbito Europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido en varias oportunidades la importancia de proteger a los testigos expuestos a peligros[87], pero aún así, estimó contrario a las exigencias derivadas de la CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. Debido a la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo, la Corte Europea considera contrario a las

[87] Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 *(Caso Kostovski)* ,de 27 de septiembre de 1990 *(Caso Windisch)* y de 15 de junio de 1992 *(Caso Ludi),*citadas por RIVES SEVA, Antonio Pablo, "Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima", en http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html

exigencias derivadas del artículo 6.3.d) de la CEDH la posibilidad de valoración de las declaraciones de los testigos anónimos[88].

En el caso *Doorson*, donde fueron presentados testigos anónimos, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos, no ha considerado infringida la Convención, ha claramente señalado que el juez *no puede fundar su decisión únicamente, ni en una medida determinante, en testimonios anónimos*, señalando que "los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos […] citados a declarar"[89].

El derecho de confrontarse con los testigos de cargo no tiene carácter absoluto. Aunque los medios de prueba deban obtenerse, como principio general, ante el acusado, en audiencia pública, con vistas a un debate contradictorio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que para que la declaración de un testigo pueda servir como medio de prueba no siempre ha de ser preciso que se obtenga en la sala de audiencia y en público; es más, en algunos casos excepcionales esto puede resultar imposible de conseguir. Entonces se permite utilizar como medio de prueba las *declaraciones realizadas por el testigo en la fase de instrucción,* siempre que se hayan producido respetando el derecho de defensa, es decir, que el acusado haya tenido ocasión de contestar un testimonio de cargo o interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior.[90]

---

[88] RIVES SEVA, Antonio Pablo, "Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima", en http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html

[89] La Corte Europea señaló que el art. 6 no exige explícitamente que los intereses de los testigos citados a declarar, sean tomados en consideración. De todas maneras, pueden verse su vida, su libertad o su seguridad, como intereses relevantes incluidos, de un modo general, en el art. 8 de la Convención. Tales intereses de testigos y de víctimas son protegidos, en principio, por otras disposiciones de la Convención que exigen a los Estados que organicen el procedimiento penal de modo que dichos intereses no sean puestos en peligro. Sentado esto, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados a declarar

[90] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos Kostovski, sentencia de 20 de noviembre de 1989, par. 41; Delta, sentencia de 19 de diciembre de 1990, par. 36; Isgrò, sentencia de 19 de febrero de 1991, par. 34; y Asch, sentencia de 26 de abril de 1991, par. 27.

En los últimos tiempos, esta doctrina ha sufrido una profunda revisión, a propósito de la licitud de las condenas basadas en las declaraciones de *testigos anónimos*, oídos fuera de la presencia del acusado y de su defensor, por la autoridad policial o por el juez de instrucción, pero nunca por el juez de fondo. El Tribunal Europeo se ha ocupado de esta cuestión en los casos Kostovski[91] y Windisch[92].

En el caso Kostovski la demanda se basaba en la utilización como medios de prueba de las declaraciones de dos personas anónimas. Sus declaraciones fueron recogidas por la policía y la de una de ellas, además, por el juez de instrucción, pero nunca fueron oídas por la jurisdicción de enjuiciamiento. Por otro lado, ni el demandante ni su abogado pudieron interrogar a los testigos, cuya identidad siempre les fue reservada. Tan sólo se les permitió presentar un cuestionario escrito a una de las personas anónimas, a través del juez de instrucción, pero la necesidad de preservar el anonimato de los testigos hizo que sólo dos de las catorce preguntas formuladas recibiesen respuesta. En tales circunstancias el Tribunal concluye estableciendo que las limitaciones impuestas al derecho de defensa del demandante son determinantes de la violación del derecho a un proceso equitativo.

En la decisión del Tribunal se subrayan las dificultades que entraña poner en duda la credibilidad del testigo cuando se ignora su identidad. «Si la defensa ignora la identidad del testigo que debe interrogar, puede verse privado de las precisiones que le permitan establecer que es parcial, hostil o indigno de crédito. Un testimonio u otras declaraciones de cargo pueden muy bien constituir una mentira o resultar de un simple error; la defensa difícilmente puede demostrarlo si no posee las informaciones que le proporcionen el medio de controla la credibilidad del autor o de arrojar dudas sobre ella. Los peligros

[91] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de noviembre de 1989, Serie A, vol. n. º 186.
[92] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Serie A, Vol. n. º 186.

inherentes a semejante situación son evidentes. Además, la ausencia de las personas anónimas impide a los jueces de fondo estudiar su comportamiento durante el interrogatorio para formarse una opinión sobre su credibilidad».

La última sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el problema de los testigos anónimos ha sido recaída el 27 de septiembre de 1990, en el caso Windisch. En ella también se reputa contraria a las disposiciones del artículo 6.1 y 3 d) la condena basada en las declaraciones de dos testigos anónimos, oídos solamente fuera de la presencia del acusado y de su abogado por la policía y no por el juez de fondo. En esta sentencia se reitera la doctrina establecida en el caso Kostovski: la decisión de proteger el anonimato de los testigos provoca en la defensa una desventaja casi insuperable, porque le faltan los datos necesarios para controlar su credibilidad y por lo que respecta al Tribunal no puede observar a los testigos durante el interrogatorio; ciertamente, es necesaria la colaboración del público con la policía, pero no a costa de sacrificar el derecho a una buena administración de justicia.

Como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos debe existir un compromiso razonable entre el interés público por el castigo y represión del delito, que es servido por la admisión del rango más amplio posible de evidencia incriminatoria, y el derecho del imputado o acusado a desvirtuar efectivamente dicha evidencia. Cuando el testimonio incriminatorio que se ofrece como prueba pertenece a testigos anónimos, o cuando los testigos se niegan a concurrir a las audiencias de lo cual resulta que la defensa no puede contra interrogar sobre los hechos declarados por un testigo, la Corte Europea ha considerado que tal proceder viola, en perjuicio del acusado, la norma contenida en el artículo 6, párrafo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos[93].

[93] Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencias Bonisch vs. Austria (1985), Serie A, No. 92; Kostovski vs. Netherlands (1989), Serie A, No. 166; y Urterpertinger vs. Austria (1986), Serie A, No. 110.

El Tribunal Europeo, en sus últimas sentencias, ha modificado esta línea interpretativa subrayando los inconvenientes que conlleva el anonimato de los testigos, para los derechos de la defensa del acusado. La validez de esta prueba testifical se subordina a que se conceda a la defensa la posibilidad de controlar de manera efectiva la veracidad del testimonio. En determinadas condiciones la desventaja que se produce es tan intensa que el tribunal ha considerado que el anonimato de los testigos constituye una práctica contraria al sistema de garantías procesales de la Convención. Si la defensa desconoce la identidad del testigo al que tiene que interrogar, se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar la credibilidad del testimonio y, además, la ausencia del testigo ante el tribunal encargado del enjuiciamiento impide a los jueces estudiar su comportamiento durante el interrogatorio y alcanzar la convicción sobre su credibilidad a través de la observación directa. En el supuesto de los testigos anónimos, pues el desconocimiento por parte del imputado de quiénes sean estos, puede privarle de los datos que precisamente le permitan probar que "el testimonio anónimamente dado en su contra es producto de una falsedad, error, e incluso procedente de alguien no digno de crédito".

Quiere decirse que el TEDH admite claras restricciones al principio de publicidad procesal, sobremanera hasta la apertura del juicio oral, mas, una vez en éste, el derecho al levantamiento del secreto respecto a la identidad del perito o testigo protegido es absoluto, pero bien entendido que la identidad habremos -*stricto sensu*- de referirla a su nombre y apellidos; pudiendo, por contra, permanecer desconocidos para el acusado, su domicilio, etc., y, en especial, la obtención de su imagen física en la vista oral.

En resumen, del testigo "anónimo" -aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal, para la defensa, o para ambos- por mucha protección que precise, no pueden aprovecharse sus declaraciones como prueba de cargo, ni podrán fundamentar una sentencia condenatoria, al contrariar la exigencias del

Convenio, por vulneración y restricción del derecho de defensa y de los principios de igualdad y contradicción. (Si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las precisiones necesarias que le permitan establecer si éste es parcial, hostil o indigno, y difícilmente podrá demostrar que las declaraciones inculpatorias que verifique pudieran ser mentira o el resultado de errores, al faltarle la información que le pueda proporcionar tal identidad, no estando en condiciones de controlar la debilidad del testimonio o la credibilidad del testigo).

El respeto al derecho de defensa y al principio de contradicción siempre exige que el acusado tenga la ocasión adecuada y suficiente de discutir y contestar los testimonios producidos en su contra y, por tanto, de interrogar a sus autores en el momento procesal más importante, para no sufrir una desventaja insuperable.

En consecuencia, el Juez sentenciador no puede fundamentar la condena en testimonios de personas que no han comparecido en el plenario o, aunque lo hayan hecho, se desconozca su identidad, aun cuando hubieran declarado con anterioridad ante la Policía o el Juez Instructor; so pena de vulnerar las garantías de un proceso justo.

3.7.2.4 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional Español en la importante sentencia 64/1994, de 28 de febrero, abordó con cierto detenimiento dos modalidades de prueba testifical: el testigo anónimo y el testigo oculto, rechazando la primera y admitiendo la segunda.

En cuanto al testimonio anónimo, es decir el proveniente de persona que no se identifica, su rechazo deriva de imposibilitar una efectiva contradicción, citando al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

de 20 de noviembre de 1989 (caso KOSTOWSKI), 27 de septiembre de 1990 (caso WINDISCH) y 15 de junio de 1992 (caso LUDI).

Por el contrario, admite el testimonio oculto, aquel que se presta sin ser visto por el acusado -por ejemplo, en el despacho del juez contiguo a la Sala de vistas-, ya que en el se posibilita la efectiva contradicción y conocimiento de la identidad de los testigos, por lo que quedan a salvo los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, al permitirse a la defensa del acusado interrogar al testigo, con idénticas posibilidades que el Ministerio Fiscal y documentarse su testimonio en la correspondiente acta levantada por el secretario judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990 recuerda que deben existir graves razones para esta decisión las cuales se expondrán debidamente explicitadas en un auto.

La Ley Española, permite la reserva de identidad de testigos, medida que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Español, siempre que la sentencia no se funde únicamente en ese tipo de testimonios[94]

3.7.2.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú advierte que para que un tribunal de justicia condene válidamente a un inculpado como autor de un delito determinado, es necesario que las pruebas ofrecidas por un testigo no susceptible de interrogar sean corroboradas con otros medios de prueba. Por ello, la limitación para conocer la identidad del testigo anónimo establecido en la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas es constitucionalmente válida, en tanto procura resguardar la seguridad de quienes prestaron información

[94] Sentencia del Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo promovido por don Manuel Dueñas Bernal y don Rafael Ruiz Molina contra la Sentencia dictada el 24 de septiembre de 1999 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2002.

clave para la captura de los jefes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas[95].

3.7.2.6 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Corte Constitucional de Colombia, pronunciándose sobre la constitucionalidad de la ley 504 de 1999 que establece la reserva de identidad de testigos, expresó que dicha ley, en relación a tal medida de protección es inconstitucional, puesto que es violatoria de la garantía del debido proceso. No obstante, en Colombia es habitual que se acepte como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada. Cabe señalar que esta sentencia tiene gran importancia, pues denota un giro en el criterio de la Corte, la cual en la sentencia C/475/97, consideró válida la reserva de identidad como mecanismo de protección de testigos.

3.7.2.7 JURISPRUDENCIA TRIBUNALES CHILENOS

En chile se ha aceptado la declaración en juicio oral de testigos de identidad reservada. Así, en Octubre de 2003 la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la resolución que había condenado a los imputados por el delito de homicidio calificado, y que se fundaba, entre otras cosas, en la incapacidad del defensor para ejercer los derechos de defensa por existir testigos cuya identidad era reservada, lo cual, según la defensa, configuraba la causal de nulidad del

[95] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *Recurso extraordinario interpuesto por don León Domínguez Tumbay contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 166, de fecha 20 de junio de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos,* de 14 de Agosto de 2003.

artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal Chileno[96]. A éste argumento la Corte, citando la opinión expuesta por la Fiscalía respondió lo siguiente:

"La existencia de testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y síquica, se corresponde con una sociedad en donde la declaración de los testigos puede ser perjudicial para las personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamientos que amenacen la vida o la integridad física y síquica, incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de todas y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiere identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona, por lo tanto […], en este caso concreto, no puede constituir el secreto de la individualización de los deponentes una causal de nulidad de la sentencia, porque no se ha impedido al defensor ejercer las facultades legales".[97]

Con un enfoque distinto, la Corte de Apelaciones de La Serena también ha aceptado la figura de los testigos de identidad reservada, esta vez en un caso de tráfico ilícito de estupefacientes, pero los fundamentos fueron distintos. En este caso la defensa sostuvo la concurrencia de la causal del artículo 373

[96] Este numeral establece: "Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

[97] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Recurso de Nulidad presentado en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta el 28 de Agosto de 2003, en caso RUC Nº 0200070382-9, de 13 de Octubre de 2003, Rol 323-03,* en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, Marzo, (2004), pp. 148-150.

letra b) del Código Procesal Penal Chileno[98], al infringirse el artículo 340 del mismo[99], pues encerrarían una duda razonable. De esto se desprende que, para la defensa, *la declaración de testigos reservados genera una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción que le exige el artículo 340*, y sería por lo tanto esta duda razonable la que obstaría a la validez de la resolución judicial. Pero la Corte se pronuncia en el sentido de la *valoración de la prueba*, señalando "que las impugnaciones al valor de la prueba […] testifical con que el recurrente fundamenta la citada causal del artículo 373 letra b), dicen relación con la apreciación de dichos medios de prueba para establecer los hechos, [...] escapa a la facultad del tribunal de nulidad, siendo facultad soberana de los jueces orales, por lo que no se dará lugar a dicho capítulo de nulidad".[100]

Esta decisión fue acordada con un voto disidente, que estima concurrente la causal de nulidad alegada, argumentando que "se ha afectado el principio de publicidad que inspira el nuevo proceso penal, al permitir que declaren como testigos de cargo personas con reserva de identidad, infringiendo lo prescrito en el artículo 307 del Código Procesal Penal, norma de la que se desprende que la única excepción a la publicidad en materia de prueba testimonial dice relación con la posibilidad de mantener en secreto el domicilio de un testigo, pero no su identidad."

Comentando esta sentencia y el voto disidente, Luis Emilio Rojas advierte que el voto mayoritario tiene razón en que la declaración de un testigo

---

[98] Este numeral señala: "Procederá la declaración de nulidad y del juicio oral y de la sentencia: b) cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo".

[99] Éste señala: "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral."

[100] Sentencia de la Corte de apelaciones de La Serena, *Recurso de Nulidad interpuesto contra la sentencia*
dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle en caso RUC 0100010094-K, de 9 de Octubre de 2001, Rol Nº 24, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, de Octubre de 2001,

con reserva de identidad es un tema de prueba, y que en este caso el principio que se vio afectado no fue el de publicidad, como señala el voto disidente, sino el de contradicción. Pero también hace hincapié en un hecho que no fue advertido por ninguno de los votos, y dice relación con una de las excepciones a la revelación de la identidad del testigo, contenida en la ley 19.366. Rojas concluye que la afirmación del voto disidente, en el sentido de que la única excepción al principio de publicidad permitida por el artículo 307 es la reserva del domicilio del testigo, pero no de su identidad, es doblemente equivocada, primero porque la auténtica excepción al principio de publicidad es la prevista por los incisos 2º y 3º del artículo 307, y ella alcanza la identidad del testigo, y segundo, porque el artículo 307 contempla las excepciones de la leyes especiales que permiten mantener en reserva la identidad del testigo.[101]

3.7.3 LEGISLACIÓN COMPARADA

Dentro de la legislación comparada existe una inmensa variedad en todos los países del mundo, existen claramente modelos efectivos como el de los países con el sistema anglosajón (EE.UU.: e Inglaterra) al contrario de lo que se podría presentar en modelos Latinoamericanos. El objetivo de este estudio solamente va enfocado en analizar algunas legislaciones que a nuestro criterio tienen referentes similares al Código Procesal Penal Salvadoreño y a la Ley Especial de Protección a victima y testigos que esta próxima a entrar en vigencia en nuestro país, y que presenten potencialmente violaciones al derecho de defensa y el debido proceso dependiendo de las circunstancias de aplicación.

[101] ROJAS, Luis Emilio, “Reserva de Identidad y Principio de Publicidad”, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, Octubre de 2001,

3.7.3.1 ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 19/1994.

En España este tema está regulado por la Ley Orgánica 19/1994, estableciendo que para proteger al testigo el juez puede ordenar que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, y que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase el conocimiento de la identidad de los testigos, el juez que conozca la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en la misma ley. La reserva de identidad, si bien está consagrada en esta ley, no es absoluta, pues si se funda la solicitud de la defensa, es imperativo al juez proporcionarle los antecedentes relativos a ésta.

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su exposición de motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas "para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado".

Con estos antecedentes, la referida Ley Orgánica tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la administración de justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio pueda ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos

con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados" (SSTS de 3 de marzo de 1999 -RJ 1999, 1291- y 19 de julio de 1999 -RJ 1999, 6510-).

Pero, como se lee en la Exposición de Motivos de la Ley, "las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia".

Con la aplicación de esta Ley Orgánica 19/1994 "no se infringen los principios de igualdad y legalidad, ni tampoco los derechos a un proceso con todas las garantías o a la presunción de inocencia. Se trata de una ley que responde precisamente a situaciones como la subyacente en el caso de autos -disturbios callejeros- ... Nada indica que con tal proceder se haya conculcado un derecho a la igualdad que mal cabe materializarse entre personas en muy

distintas circunstancias respecto a la necesidad de protección" (STS de 13 de mayo de 1997 -RJ 1997, 4041-). "No se produce infracción de los principios rectores del enjuiciamiento criminal" (STS de 6 de mayo de 1997 -RJ 1997, 3665-).

3.7.3.2 COLOMBIA: LEY ANTITERRORISMO

En cuanto a la legislación colombiana de lucha contra el terrorismo, el Decreto No. 1370 del 16 de agosto de 1995 justifica la política estatal estimando que " la situación de orden público se ha agravado como resultado de la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, generadoras de los acontecimientos de violencia que han sacudido el país... "(Párr. 2). El objetivo es claro: la subversión es caracterizada o asimilada a la delincuencia común, sea individual o colectiva. La situación de violencia tiene su raíz en la subversión y la delincuencia común y no en un sistema político económico y social. Es por tanto esta violencia la que hay que combatir. El simplismo del razonamiento hecho en esta consideración no deja de ser llamativo. Y ella puede tener consecuencias prácticas gravísimas sobre los derechos constitucionales.

La posibilidad de una persecución institucional abierta o clandestina (bandas paramilitares o para policiales compuestos por miembros regulares de ambas fuerzas) contra el movimiento subversivo en general (guerrilla, movimientos campesinos, barriales, organismos de defensa de derechos humanos, movimientos de mujeres, etc.) podría desprenderse fácilmente de tales premisas como una necesidad o una razón misma de la supervivencia del Estado. Todos los medios serían legítimos. El asesinato de dirigentes políticos, de líderes campesinos, mujeres dirigentes de sectores populares, las recientes masacres de campesinos, encontraría entonces una justificación y legitimación

dentro del contexto de lucha contra la subversión, la delincuencia y el terrorismo.

Tiene también un interés especial el Decreto 1590 del 20 de setiembre de 1995 que se refiere a la obligación de todo ciudadano de colaborar con la administración de la justicia. Así, " el que teniendo conocimiento de la comisión de un delito... no diere cuenta de ello a la autoridad dentro de las 24 horas siguientes... incurrirá en prisión de 5 a 10 años " (art. 2o.). Una tal aberración es inadmisible en un estado más o menos democrático.

De la misma forma el dicho Decreto asegura " la reserva de identidad del denunciante en procesos por delitos cometidos en la Región de Uraba..." (Art. 4o.). También se establecen las recompensas para las personas que han denunciado dichos hechos (art. 9o.). Testimonio anónimo más posibilidad de recompensa pecuniaria parece un terreno bastante resbaladizo como para hablar de una cierta garantía procesal. No se estaría más bien adoptando la delación institucional como una política estatal?

Combinadas estas dos referencias extraídas con el modo de organización del aparato represivo judicial en materia de juicio y aplicación de penas a los " terroristas ", y comprendidos sus cómplices y encubridores, el problema se vuelve sumamente complejo, principalmente en las consecuencias que puede tener una tal organización estatal sobre los derechos y libertades reconocidas generalmente por todos los Estados latinoamericanos en sus diversas constituciones.

En efecto, lo más grave en el caso colombiano es la existencia de tribunales especiales o de excepción. Los dichos tribunales están bajo la dirección de los llamados jueces sin rostro, como en el caso del Perú.

Sin duda alguna la existencia de la denuncia, del testigo anónimo, de la forma de la producción de pruebas en materia penal, que permanecería bajo secreto; el ofrecimiento de recompensas y la imposibilidad material del inculpado de verificar las pruebas que están siendo producidas en su contra, así

como el procedimiento a través de jueces también anónimos, no pueden ser considerados como garantes de un proceso penal equitativo.

El que es investigado por medio de una denuncia o el que es inculpado se encuentra en una situación totalmente desventajosa frente al aparato judicial y al de seguridad. Efectivamente, son las fuerzas represivas y de seguridad las que normalmente llevan a cabo la producción de pruebas. Todas las bases legales para una violación institucional de las mínimas garantías democráticas están echadas.

3.7.3.3 CHILE: CODIGO PROCESAL PENAL.

La ley chilena impone a aquellas personas que han sido testigos de un ilícito y que hayan sido citadas judicialmente a prestar declaración testimonial sobre el mismo, el deber de comparecer y declarar. Como consecuencia de esta imposición del deber de comparecer como testigo, y de los eventuales daños a los que están expuestas las personas sobre las que recae dicho deber, el Estado, como órgano de persecución penal y como principal garante de los derechos individuales, se obliga a proporcionar a dichas personas las medidas necesarias tendientes a proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales, tarea que, ha sido encomendada al Ministerio Público, el cual la desarrolla a través de la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos.

Los tribunales están facultados por el Código Procesal Penal Chileno (en adelante CPPC) para, en casos graves y calificados, disponer medidas especiales de protección al testigo cuando éste lo solicitare, pero no se señala expresamente *cuáles* han de ser estas medidas, por lo que cabe preguntarse si un tribunal podría, en un caso determinado, llegar al extremo de ocultar totalmente a la defensa la identidad del testigo con el fin de protegerlo, y, en la afirmativa, hasta qué punto su resolución se compadecería con el ordenamiento

jurídico nacional e internacional vigente. Así como lo indican los artículos 308 y 307 CPPC.

Art. 308 CPP: "*Protección a los testigos.* El Tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare […].

De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de presentadas sus declaraciones, la debida protección."

Por su parte, el Art. 307, sobre individualización del testigo, en sus inc. 2º y 3º señala: "Si existiese motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia. Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma de su identidad o de antecedentes que condujeren a ella […]".

La redacción del Art. 307 del CPPC es un tanto ambigua, pues mientras en su inciso 2º establece en favor del testigo la posibilidad de no responder en su declaración durante el juicio oral a la consulta acerca de su *domicilio,* en el inciso 3º ordena que si el testigo hiciese uso de este derecho, quedará prohibida la divulgación de su *identidad o de antecedentes que pudiesen conducir a ella*. Este mismo detalle ha sido advertido, sosteniendo que es contradictorio el contenido de los incisos mencionados anteriormente, dado que "lo que se autoriza es la reserva del domicilio del testigo por mención expresa del inc. 2º, pero se amplía con lo aseverado 'a su identidad' lo que nos lleva a suponer que es prohibida la información de cualquier antecedente vinculado con éste, partiendo por su nombre y los datos obligatorios, lo que nos lleva a pensar en verdaderos 'testigos secretos'."[102]

[102] AGUILAR A., Cristian, *Código Procesal Penal Comentado,* op. cit., p. 660.

En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración. Es decir, el legislador ha establecido como *regla general* en el procedimiento penal el conocimiento de la Identidad del testigo por parte de la defensa. No obstante, y tal como lo establece el Art. 307 inc. 1º del CPPC, esta regla admite dos excepciones: los delitos terroristas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En estos delitos el legislador ha establecido expresamente como medida de seguridad, tanto para el testigo como para los seres cercanos a éste, la posibilidad de ocultar la identidad de quien depondrá en contra del acusado,49 esto debido a la especial trascendencia social que este tipo de ilícitos ha adquirido en los últimos años.

Con respecto a las excepciones a la regla impuestos por el CPPC, El Art. 33 B) de la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y el Art. 16 de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, señalan: “El Tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el artículo anterior o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Así mismo, podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de otro medio.”

Por otra parte, el Art. 33 D) de la Ley 19.366 y el Art. 18 de la Ley 18.314 señalan: “Las declaraciones de (…) testigos y peritos, cuando se estime necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad al artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de Garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo

penal, en su caso. Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta. En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contra interrogarlo personalmente.”

CAPITULO 4

RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

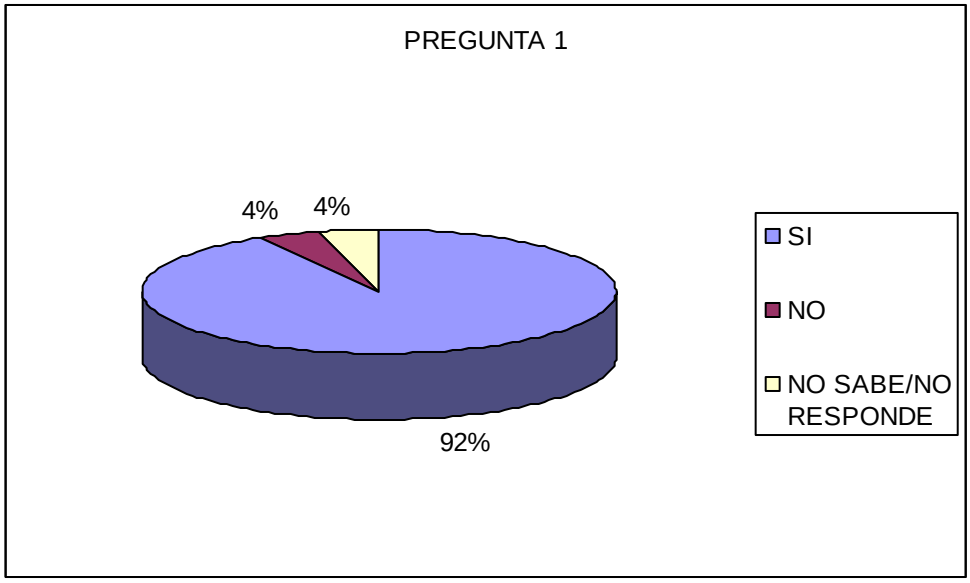
La investigación de campo fue realizada por medio de método de investigación denominado muestreo selectivo de informantes claves, con la utilización de la de la técnica de entrevista estructurada o dirigida y cuyo instrumento lo constituyó la cedula de entrevista. Estas fueron dirigidas, a los sujetos intervinientes en el Sistema de Justicia Penal: Fiscales, Jueces y Defensores, de la zona metropolitana de San Salvador. La muestra estaba conformada por veinticuatro informantes claves: cuatro jueces, diez fiscales y diez defensores.

Las entrevistas se encontraban estructuradas por una parte general de interrogantes dirigida a todos los sectores de entrevistados, y tenían como objeto fundamental el obtener información directa de los operadores e intervinientes del sistema de justicia que permitiera complementar la investigación, comprobar o no la hipótesis planteadas y sondear las tendencias de los mencionados sectores respecto al tema de la presente investigación.

Se presentan a continuación el análisis interpretativo de la información obtenida, para lo cual se exponen conjuntamente los datos que cada sector ha proporcionado en las interrogantes realizadas.

Las entrevista consistió en una serie de preguntas cerradas de carácter general, con el objeto fundamental de establecer los criterios de los principales sectores que participan de los procesos penales, y así determinar cuales son los puntos de vista respecto a la utilización de la figura del testigo anónimo dentro del régimen de protección a testigos.

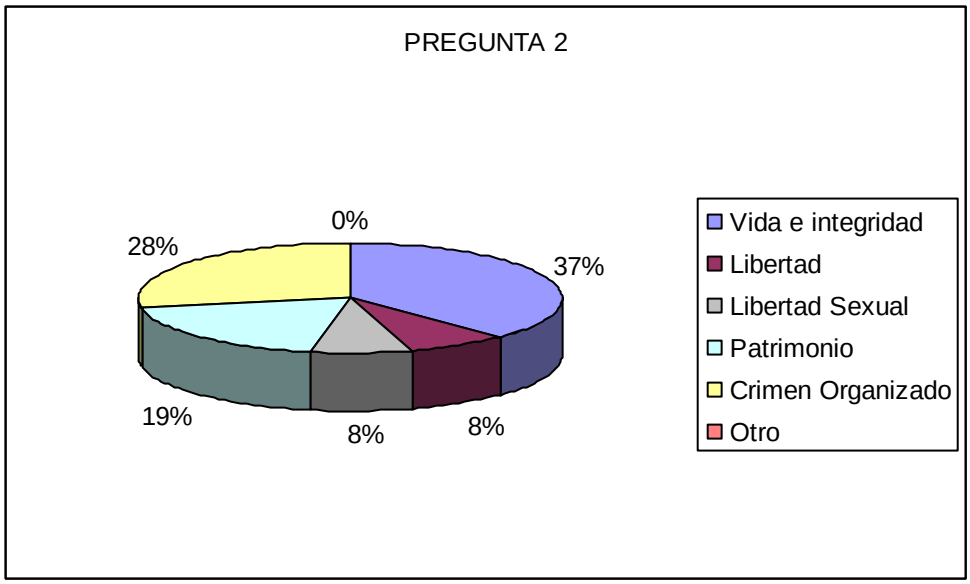
Pregunta 1: “Ha participado en juicios en los que se utilice testigos con régimen de protección”.



La gran mayoría de entrevistados manifestó que ha participado en procesos penales en donde se ha aplicado independientemente en que etapa procesal el régimen de protección a testigos. Se estimo conveniente la extracción de este dato para determinar en que medida la posterior información podría captar datos verídicos, es decir criterios jurídicos de casos concretos en que los entrevistados han participado y en los cuales posiblemente se ha utilizado la figura del testigo anónimo, y determinar con más facilidad su opinión respecto a la situación planteada en la investigación.

La información de esta pregunta sienta un precedente para las siguientes preguntas que tienen una relación concatenada de sucesos, y facilita que el entrevistado informe de lo que comúnmente sucede en los casos concretos, tomando en cuenta que cada caso tiene singularidades y circunstancias especiales, pero resulta necesario el establecer ciertos parámetros que sirven de guia.

Pregunta 2: “En que casos se suele otorgar el régimen de protección.”



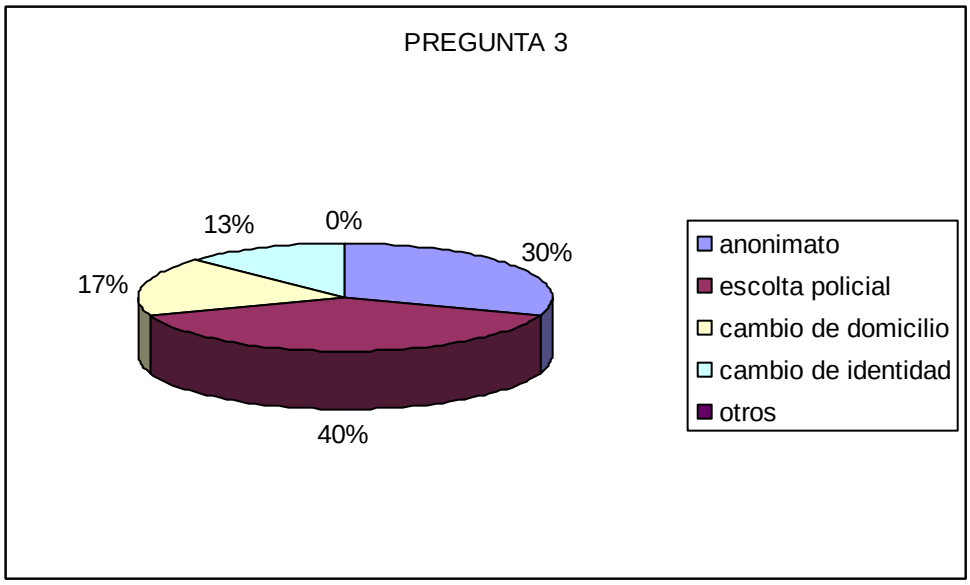
Los datos de esta pregunta recalcan la existencia de varios casos en que es posible la utilización del régimen de protección de testigos, y generalmente suele responder a la situación de peligro real o potencial y no al bien jurídico transgredido por el hecho punible.

Los entrevistados respondían varias opciones a la respuesta, lo que muestra que este régimen no se ha limitado su aplicación a cierto tipo de delitos, sino más bien responde a las circunstancias específicas de cada proceso.

Entre los sectores existe un acuerdo en señalar, que son aplicables mayoritariamente estas medidas en delitos contra la vida e integridad, crimen organizado y el patrimonio. Respondiendo eso a que los autores de estos delitos en gran parte lo forman sujetos de pandillas o de extrema peligrosidad.

Este aspecto demuestra que la aplicabilidad en el sistema de las medidas de Protección resulta de las circunstancias que a juicio de las partes inciden o potencialmente pueden amenazar un bien jurídico del testigo, lo que dificultaría la asistencia del mismo a los actos en que sea requerido.

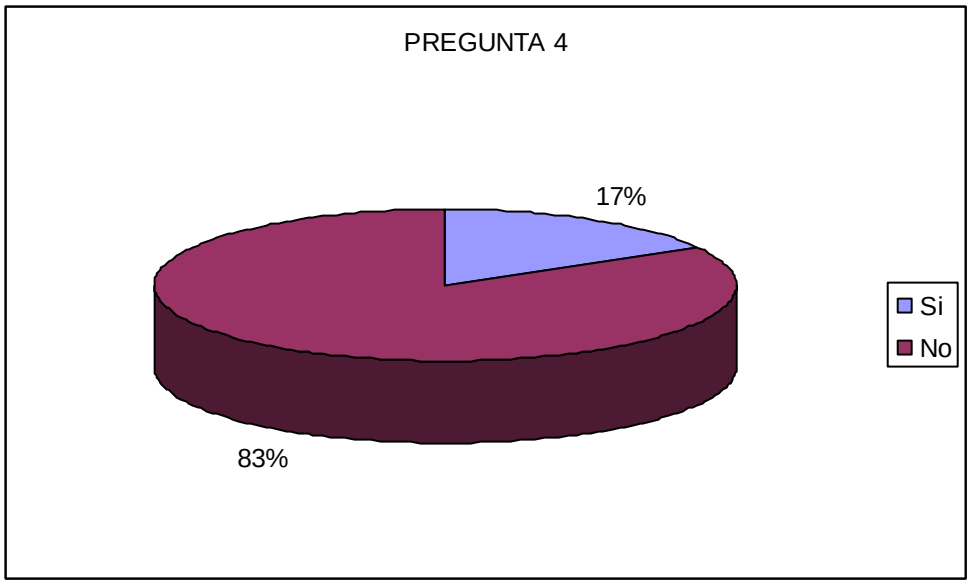
Pregunta 3: “Que medida de protección se suele otorgar”.



Todos lo sectores coincidieron en señalar, que la medida mas utilizada es la escolta policial, por representar un mecanismo inmediato y directo de protección.

Los entrevistados que se desempeñan como defensores señalaron que una de las medidas mas utilizada suele ser el anonimato del testigo. Por su parte los fiscales por el contrario manifiestan que el cambio de domicilio y de identidad son los mecanismos utilizados dentro del régimen protección de testigo. Por su parte los jueces han establecido una opinión dividida al respecto, al considerar que dependiendo de las circunstancias que rodean el caso se establecen cuales pueden ser las medidas mas efectivas que aseguren el objeto de la aplicación del régimen y que dicha medida sea la menos lesiva a los derechos del imputado.

Pregunta 4 :“Cuando se otorga la medida de protección, ¿conoce la Defensa técnica la identidad del testigo?

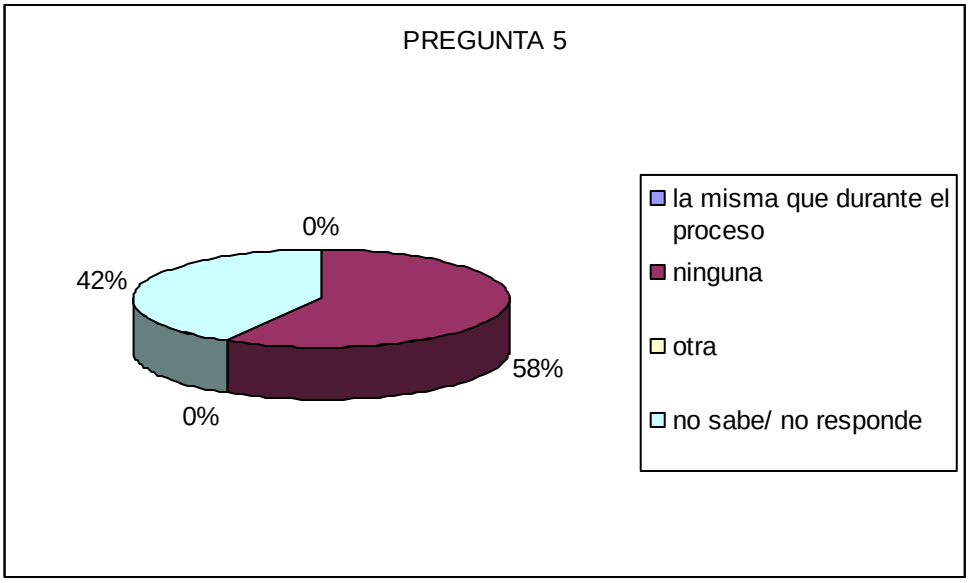


Los entrevistados, han señalado que en la gran mayoría de casos que los defensores no conocen la identidad del testigo en el momento en que es destinatario del régimen de protección a testigos.

Es delicado el señalamiento hecho, pues al ocultarse la identidad del testigo a la defensa técnica, potencialmente se deja sin medios necesarios para la preparación de la defensa, limitando así mismo un futuro examen de contra interrogatorio efectivo, en razón de desconocer al defensa la identidad del testigo, impidiendo refutar el contenido del testimonio o la personalidad de este. Asimismo impide un verdadero juicio contradictorio, pues no se tiene la reacción que ocasiona en el testigo el examen de contra interrogatorio.

Los Fiscales solicitan esta medida en la mayoría de casos, en el supuesto que es el único medio eficaz para proteger al testigo de posible agresiones a su integridad, valiéndose de la excusa que los imputados tienen mecanismos ilegales para causar agravios en los testigos o influir en el testimonio de estos mediante amenazas.

Pregunta 5: “Cuando concluye el juicio, ¿Qué medida de protección recibe el testigo?”.



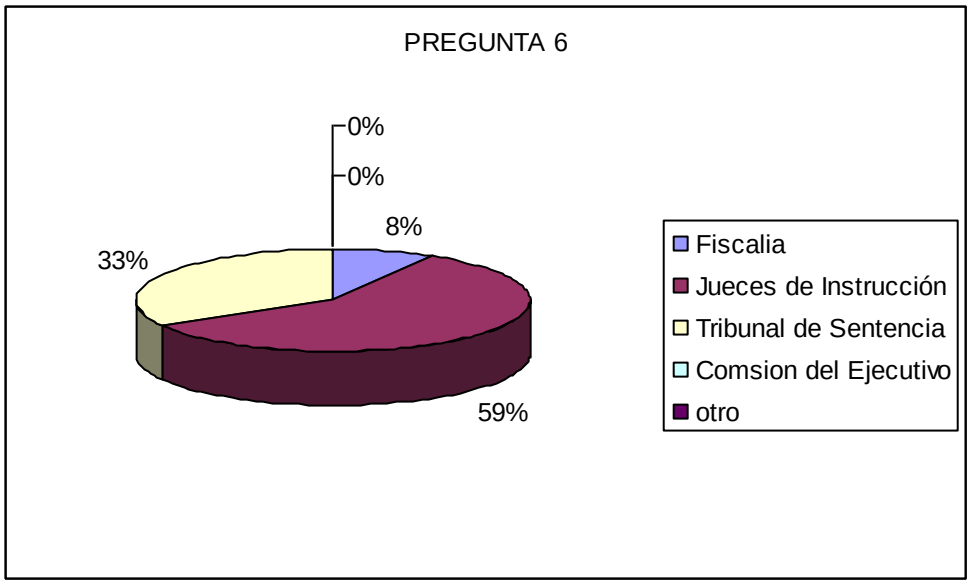
El señalamiento hecho por lo entrevistados en el sentido que los testigos posterior a los procesos no recibe adicionalmente ningún régimen de protección, resulta lógico al analizar que el actualmente el régimen no cuenta con los recursos económicos ni personales para emplear un sistema integral.

Todos los sectores señalan que no hay forma de proteger posteriormente a los testigos, pues no existe una institución encargada de velar por dicha medidas de protección.

Hasta hoy se ha sido de la concepción que las medidas sean cuales sean, no han sido efectivas, pues aun resultas afectados los testigos.

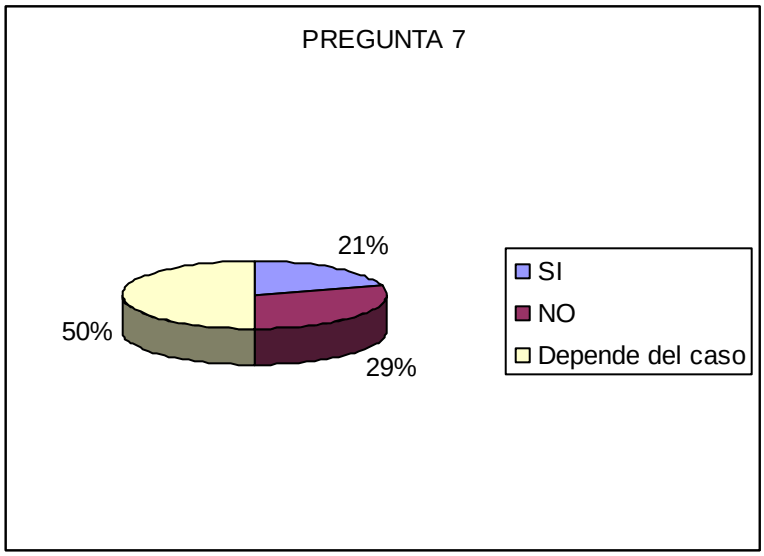
Un efectivo régimen de protección de testigos, tiene como supuesto la existencias de condiciones para el normal desempeño del testigo en la sociedad, posteriormente a haber participado dentro del proceso penal, y no significa la vulneración de garantías y derechos durante el proceso.

Pregunta 6: “¿Quien debería decidir si se otorga el régimen de protección?”.



Resulta evidente el hecho que ninguno de los actores aprueba el que una comisión gubernamental se encargue de la ejecución del régimen de protección de testigo. La postura mayoritaria, responde al hecho que el Juez de Instrucción consta con los elementos necesarios para establecer la necesidad o no de la aplicación del régimen para un testigo, en razón que este es el encargado de recopilar los elementos probatorios a la investigación para que estos en la etapa de vista pública puedan ser reproducidos ante el pleno. Además es el periodo procesal más extenso y es en donde el testigo puede sufrir mayores perjuicios. En el caso de los jueces de sentencia, consideran algunos entrevistados que estos son a fin y al cabo los que valoran críticamente los elementos presentados al juicio y bien pueden emitir medidas de protección en caso de ser necesarias. La Fiscalía puede a juicio de quienes contestaron así, realizar medidas urgentes para proteger la integridad o vida de algún testigo.

Pregunta 7: “Cree que es posible preparar una defensa sin conocer la identidad de los testigos de cargo”

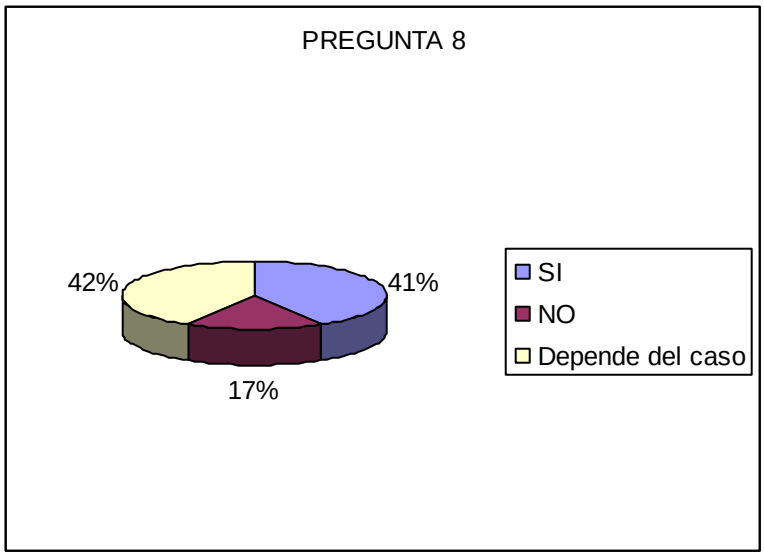


Han sido casos muy aislados los que han manifestado la posibilidad de preparara efectivamente la defensa de un imputado en el caso de testigos anónimos. Esto viene a confirmar el criterio que han manifestado los sectores más garantistas al decir que no existen siquiera los medios necesarios para contradecir el testimonio de una persona que ni siquiera se conoce.

No obstante lo anterior también un gran numero de entrevistados ha declarado que las circunstancias de cada caso posibilitan en menor o mayor medida la preparación de una defensa efectiva a favor del imputado. Se ha logrado contradecir o destruir los testimonios de testigos anónimos, a juicio de los defensores entrevistados, en razón de cuestiones de forma en los testimonios, y no en cuestiones de fondo que son desconocidas totalmente; esto no quiere decir en ningún momento que sea valido por ello la utilización de los testigos anónimos como regla general.

Debemos de mencionar que la posibilidad de una defensa efectiva radica en la posibilidad de contradecir todos los medios de prueba, resulta una limitante a este principio la utilización de testigos anónimos y mas grave aun cuando este es el único elemento probatorio en el proceso.

Pregunta 8: “¿Cree que seria posible preparar una acusación efectiva sin conocer la identidad de los testigos de descargo?

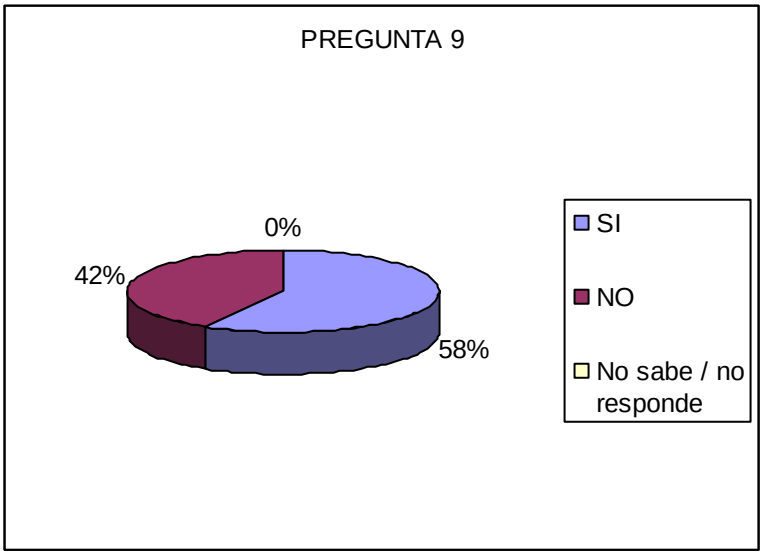


Los entrevistados manifestaron, mayoritariamente que las acusaciones para que puedan tener un robustez desde que se da por iniciado el proceso, debe constar con varios elementos probatorios. Seria hasta cierto punto riesgoso el iniciar un proceso penal contando con un único elemento de prueba.

No obstante lo anterior, depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, recordemos que la carga de la prueba corresponde al ministerio público y en caso que las pruebas de cargo no sean suficientes la acusación no tiene ningún sentido. El principio de comunidad de la prueba exige que una vez introducido al proceso un elemento, este pueda ser utilizado por todas las partes procesales, pero resultaría ilógico pensar en la posibilidad de preparar una acusación en base a elementos que se desconocen, pero eso no limita que pueda prepararse respecto de aquellos elementos que si se conocen.

Esta pregunta surgió como una variable dependiente de la pregunta anterior, con el fin de determinar en que medida puede encontrarse en desventaja un fiscal sin conocer la prueba de descargo, en contraste a lo sucedido al defensor al desconocer la prueba de cargo.

Pregunta 9: “Cree que el Derecho de Defensa se ve afectado al no conocerse la identidad del testigo”

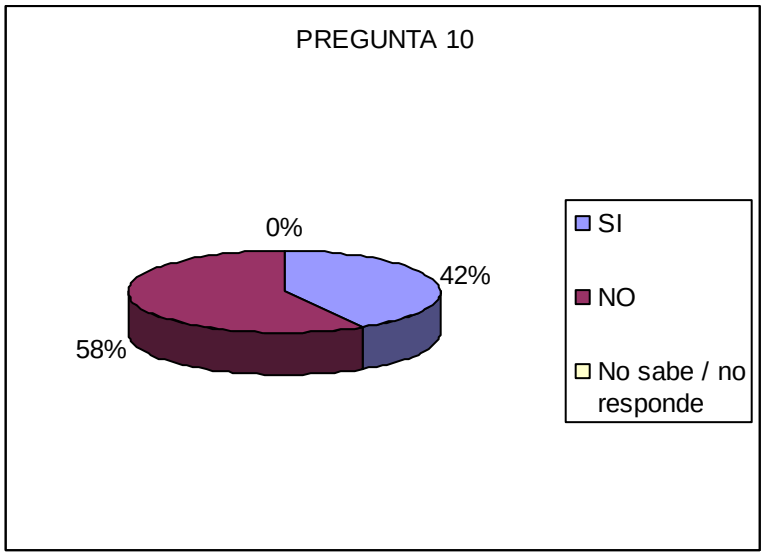


Los entrevistados que forman parte del sector de jueces y defensores, manifestaron rotundamente que la identidad de un testigo es un elemento fundamental del juicio oral, pues posibilita la preparación efectiva de una defensa, que se ve concretizada al momento del examen de contra interrogatorio. Recalcando que debe existir en todo momento del proceso un equilibrio entre las partes, pues al presentarse el caso de un testigo anónimo resultaría que las parte defensora no estaría en igualdad de condiciones respecto al Fiscal.

En el mismo sentido se ha manifestado por parte de los interesados que la utilización de la figura del testigo anónimo limita el principio de inmediación y contradicción en el juicio oral, si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las precisiones necesarias que le permitan establecer si éste es parcial, hostil o indigno, y difícilmente podrá demostrar que las declaraciones inculpatorias que verifique pudieran ser mentira o el resultado de errores, al faltarle la información que le pueda

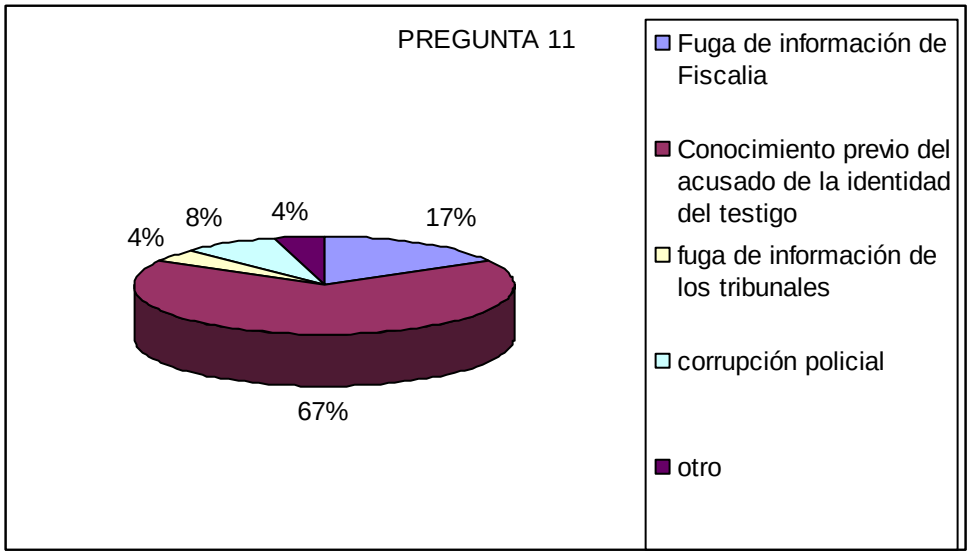
proporcionar tal identidad, no estando en condiciones de controlar la debilidad del testimonio o la credibilidad del testigo.

Pregunta 10: “Cree usted que el anonimato es una medida de protección efectiva”



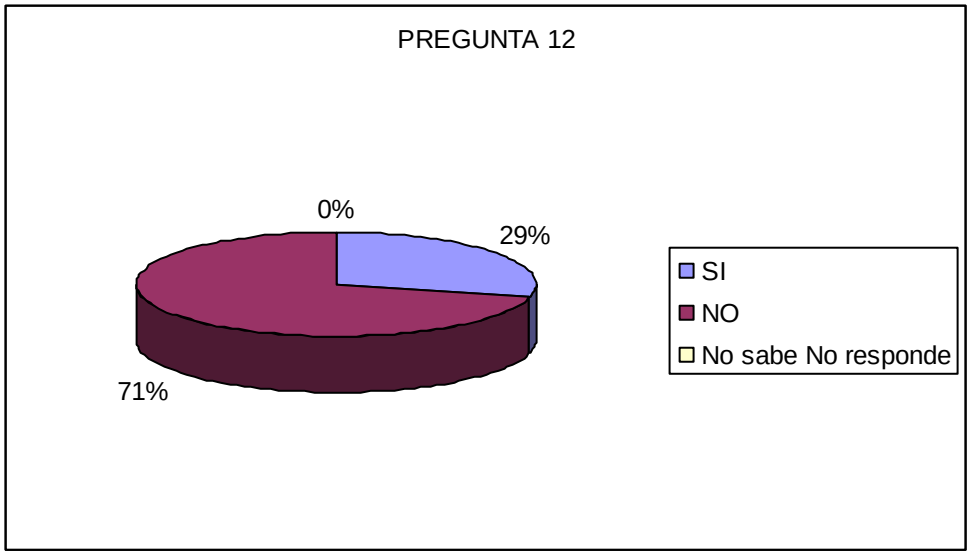
Evidente que la respuesta a esta pregunta es motivada por el rol que el entrevistado desempeña en los procesos penales. En el caso de los Fiscales consideraron que esta medida es totalmente efectiva, seria ilogico pensar en que su respuesta fuera distinta, sin son ellos quienes solicitan a los administradores de justicia la aplicación de esta medida dentro del régimen de protección de testigos. En el caso de los defensores y jueces, por el contrario manifestaron, que esta medida resulta ineficaz, pues esta medida solo es un mecanismo temporal de protección, y tomando en cuenta que dicha medida es atentatoria a garantías que rigen el proceso y de derechos del imputado. Resulta en muchos casos que no obstante contar con un régimen de protección los testigos sufren agresiones, y hasta la muerte, sin obviar que en ocasiones optan por no acudir a las diligencias judiciales para las que son requeridos.

Pregunta 11: “Que factores cree que le restan efectividad al anonimato como medida de protección de testigos”



Ninguno de los entrevistados puede dar la certeza sobre la existencia o no de factores que hacen ineficaz el régimen de protección de testigos, en este caso como pura especulación estimaron en su mayoría que resulta ineficaz el régimen de protección de testigos, en razón que el imputado conocía previamente al proceso a la persona que interviene en como testigo. Lo anterior es constatado por las mismas estadísticas, al señalar que las personas que reciben el régimen de protección a testigos son en su mayoría testigos presénciales del delito, y son observados por lo general por los autores de los delitos, por lo que resulta ineficaz en algunos casos el solo hecho de ocultar la identidad o los rasgos físicos del testigo. Este dato viene a recalcar la necesidad del establecimiento de medidas distintas, que sean eficaces y que cumplan con los criterios legales y doctrinarios referentes al respeto de las garantías del debido proceso y el derecho de defensa. No podemos obviar la necesidad de protección a los testigos que se encuentran en situación de peligro, la falta de una legislación adecuada y recursos suficientes para destinarlos a dicho programa.

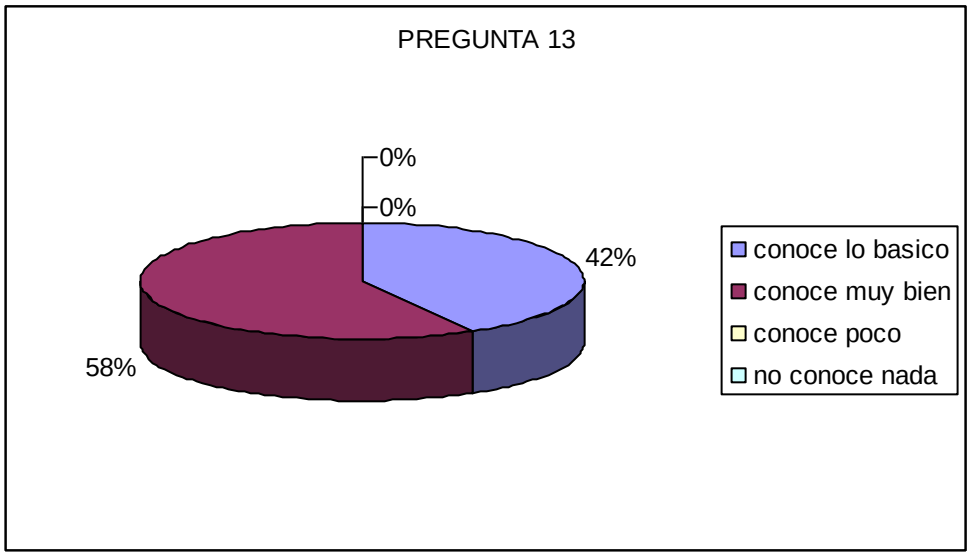
Pregunta 12: “En su opinión, es compatible el anonimato de los testigos con la garantía constitucional del debido proceso”.



Claramente se detecto con esta pregunta los criterios radicalmente contrarios que existen entre los actores del proceso penal. Así los defensores y jueces, incluso algunos fiscales manifestaron que existe una vulneración al debido proceso el anonimato de los testigos, aun y cuando esta medida sea legalmente valida, es contraria a principios generales de derecho, y de mucha legislación internacional vigente.

La mayoría de fiscales manifestaron que dicha medida no vulnera los principios del debido proceso. Consideran que la Legislación es el resultado de un estudio que conforme a la Constitución resulto con la aprobación de dichas normas, y mas aun con la aparición de un nuevo régimen especial.

Pregunta 13: “que tanto conoce usted sobre el debido proceso y el derecho de defensa enunciados en los Tratados Internacionales”.

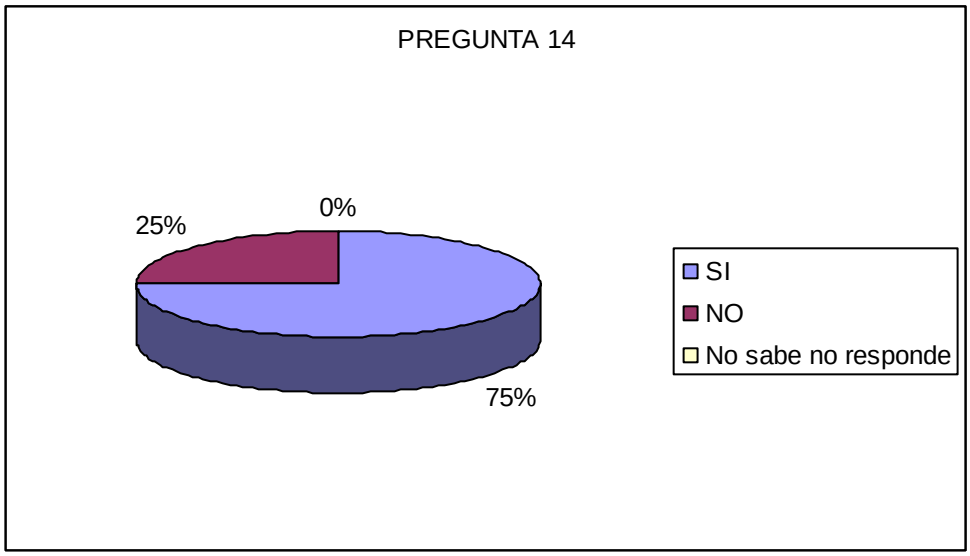


Respecto a este dato, consideramos de gran importancia conocer si los operadores de justicia tienen claro las normativas internacionales vigentes para nuestro país, así como el contenido y alcance de dicha normativa.

En la legislación internacional se han establecido criterios mínimos respecto al debido proceso y el derecho de defensa, que deben ser respetados por los Estados partes, constituidos normas de obligatorio cumplimiento (jus cogens), y las cuales no admiten alegatos en referencia al derecho interno para no observarlos.

Es importante la aplicación práctica de los Tratados internacionales, es un mecanismo superior a las normas secundarias para hacer vales los derechos y garantías.

Pregunta 14: “En su opinión, es compatible la utilización de testigos anónimos con la garantías procesales consagradas en los Tratados Internacionales”.

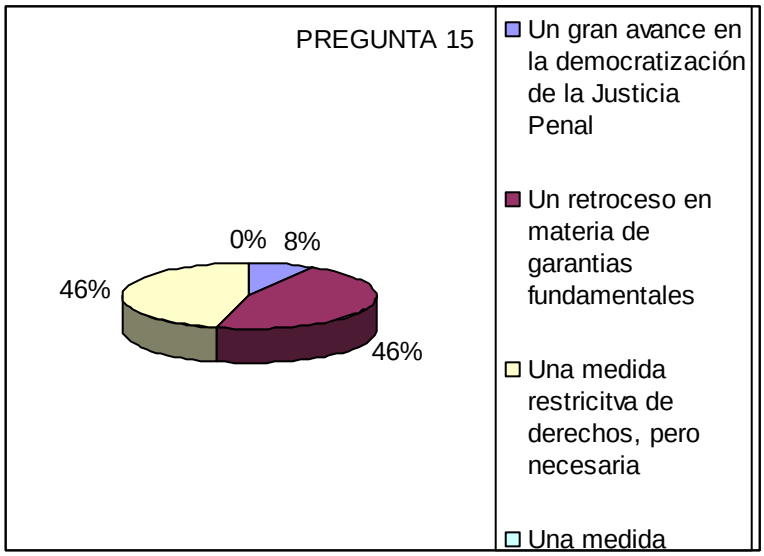


Un criterio mayoritario por parte de los entrevistados manifestó la opinión, que la utilización de testigos anónimos no responde a los principios consagrados en los tratados internacionales ni a los principios generales del derecho.

No obstante lo anterior, algunos fiscales manifestaron que la utilización de dicha figura esta dentro de los limites establecidos por la legislación internacional.

Otros son del criterio que es importante la utilización de dicha figura pues asegura la comparecencia de los testigos a las diligencias en que son requeridos, basados en la seguridad e integridad de las personas que colaboran con la administración de justicia.

Pregunta 15: “La utilización de testigos anónimos es en su opinión”

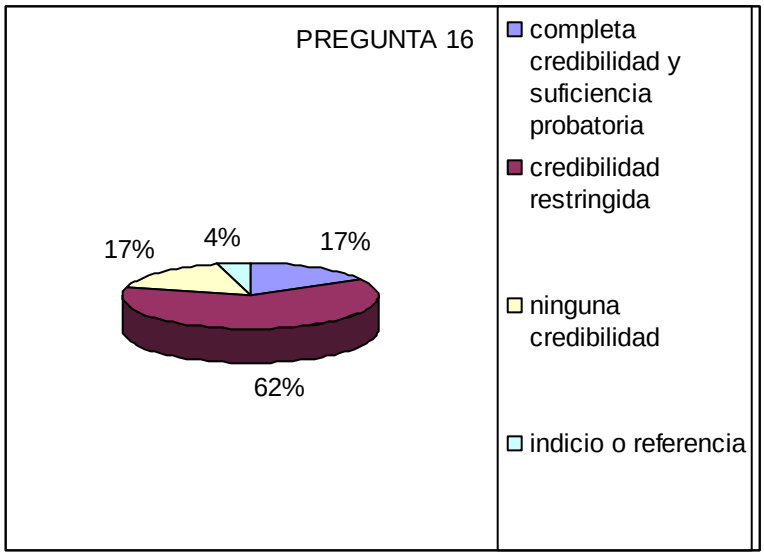


En este aspecto se ha valorado las tendencias dominantes, en igual proporción han manifestado las personas entrevistadas por un sector, que la utilización de testigos anónimos ha significado un retroceso en materia de garantías fundamentales y otro sector que manifiesta que dicha medida es una medida restrictiva de derechos pero necesaria para el proceso.

Es delicado hacer mención lo que significa considerar la utilización de testigos anónimos como un mal necesario. Es grave considerar la vulneración de garantías y derechos como un mecanismo indispensable para llevar a juicio hechos punibles y la necesidad de encontrar un culpable.

Se ha mantenido un criterio que considera como un retroceso en materia de garantías la utilización de dicha figura, ya que por regla general debe de proporcionarse a la defensa los medios necesarios para preparar un defensa dentro del proceso, y encontrarse respecto a la acusación en igualdad de condiciones; situaciones que se ven violentadas con la utilización de un testigo anónimo, desconociendo la prueba que se quiere controvertir.

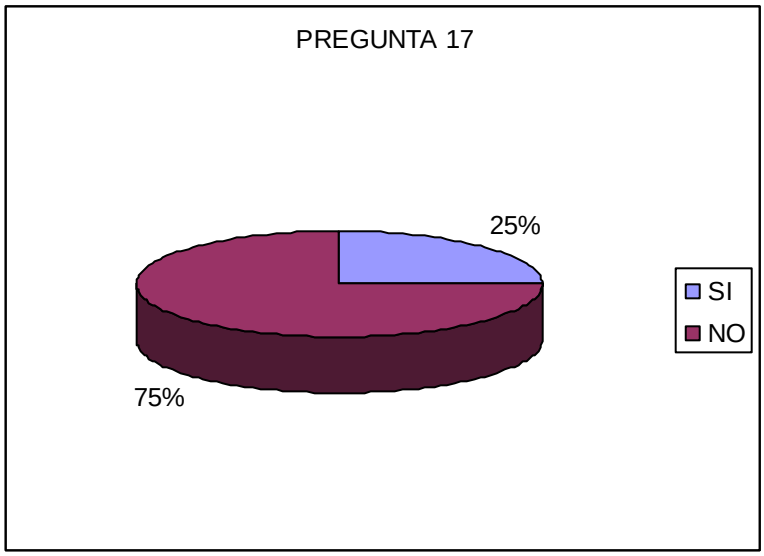
Pregunta 16: “Que valor probatorio se le debe dar a la declaración de un testigo anónimo”



Los entrevistados del sector defensa y jueces, sostienen que la valoración que debe darse a los elementos que pueden ser agregados al juicio por un testigo anónimo gozan de una credibilidad restringida. Mas aun cuando el dicho de un testigo anónimo es el único medio de prueba con el que se cuenta. Suele suceder en los procesos que lo dicho por los testigos anónimos no puede ser contradicho por la defensa técnica del imputado, lo que dificulta hacer una valoración por parte de los jueces de la credibilidad del testigo y del contenido del testimonio.

Para otro sector, es criterio que el dicho de un testigo tiene la misma credibilidad que la declaración de un testigo que no goza de ninguna medida da protección ni de ocultación de su identidad, por lo que perfectamente puede ser única y suficiente para declarar la culpabilidad de un imputado el solo dicho de este tipo de testigos. Este criterio va en contra de lo establecido por la jurisprudencia internacional en abundantes casos respecto a la utilización de los testigos anónimos.

Pregunta 17: “Seria adecuado basar una sentencia condenatoria en la declaración de un testigo anónimo”



La gran mayoría de los entrevistados señalan que la declaración de un solo testigo y con la agravante de anónimo no debe ser prueba suficiente para declarar culpable a un imputado.

La nueva ley establece que en caso de contarse con un único testigo en el proceso, previa petición de parte puede obviarse la utilización del anonimato como medida de protección.

La jurisprudencia internacional ha manifestado en múltiples sentencias que el dicho de un solo testigo anónimo no debe ser suficiente para condenar, sino mas bien debe haber una concordancia entre muchos medios de prueba y el testigo anónimo.

Los jueces en la actualidad tienen un criterio conservador en este aspecto, al valorar lo dicho por un testigo anónimo en relación a otros medios de prueba que sean legalmente aportados al proceso y en cumplimiento a todas las garantías.

CAPITULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al inicio de esta investigación de planteo la siguiente hipótesis: “La utilización del testigo anónimo dentro del régimen de protección a testigos por parte de los jueces y Fiscalia General de la República, genera violaciones al de debido proceso y al derecho de defensa del imputado, reconocidos en la doctrina y establecidos en la constitución, tratados internacionales y el código procesal penal”

Luego de la ejecución del proyecto de investigación y la documentación que se ha realizado del mismo, podemos concluir que se ha cumplido la hipótesis planteada, obteniéndose además las siguientes conclusiones y recomendaciones:

5.1 CONCLUSIONES SOCIO-POLÍTICAS

- La delincuencia organizada y el clima general de violencia social genera un estado de temor y angustia para quienes comparecen en calidad de testigos en el proceso penal
- La política criminal del Estado salvadoreño esta encaminada a la maximización de las penas, a la restricción de las garantías de los ciudadanos y a la represión, evadiendo la responsabilidad de prevención.
- El discurso político de las naciones tercermundistas va encaminado a crear una confrontación directa entre las garantías de los procesados y el bien colectivo, confrontación que a nuestro juicio es innecesaria

- El rumbo de la política criminal del Estado salvadoreño es el caldo de cultivo idóneo para traer a la practica, mecanismos arcaicos y propios de sistemas inquisitivos (el testigo anónimo es uno de esos mecanismos)
- La protección de testigos es muchas naciones del mundo un instrumento apropiado en la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico, no obstante, los mecanismos nunca limitan de forma definitiva la actividad probatoria de la defensa técnica
- En El Salvador, la protección de testigos hasta la fecha, no ha logrado contribuir de forma sustancial al esclarecimiento de delitos graves, ni ha funcionado adecuadamente, pues en un sentido estrictamente pragmático, los testigos siguen sufriendo atentados contra su seguridad.

5.2 CONCLUSIONES DOCTRINARIAS

- El debido proceso es el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"
- El debido proceso es el proceso en el cual no se prive a ningún individuo de la tutela de sus derechos fundamentales, que concluya en el dictado de una sentencia fundada en el fiel cumplimiento de los principios supremos inherente a un Estado de Derecho
- El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional

- Los elementos del debido proceso pueden enumerarse asi: la existencia de un tribunal competente e imparcial, establecido por ley, con jurisdicción y competencia adecuada, así como la concesión al demandado de derechos tales como notificación de la acusacion que lo afecta, concesión de un plazo razonable para comparecer y exponer derechos, posibilidad de ser oído en juicio (principio de bilateralidad de la audiencia), de contradecir los dichos de la contraparte (principio de contradicción), concesión de un tiempo racional para que se defienda y para aportar pruebas, posibilidad de controlar las pruebas presentadas en su contra, libre aportación de pruebas para su defensa y que el tribunal las reciba en forma legal, obligación para los jueces de fundamentar sus fallos, y finalmente, el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia
- Doctrinariamente y en todo país civilizado y respetuoso del debido proceso Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa).
- Dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos, cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación del derecho de defensa. La violación del derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano

jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse

- Esencial al derecho de defensa por permitir la administración y realización de las pruebas, la contradicción en juicio permite el equilibrio entre las partes, constituyendo un aspecto del derecho de la igualdad de armas. El mencionado derecho consiste, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos, y en lo que a las partes se refiere, en “la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o piezas producidas por la otra parte, así como de discutirlas”. Podemos decir, pues, que constituye la facultad de las partes de conocer las pruebas, medios y alegatos a fin de ponerlas en condiciones de discutirlas o contradecirlas. No se concibe el derecho de defensa y su ejercicio, ni es efectivo aquel que se refiere a las pruebas y a los medios de prueba, siempre que sean pertinentes y necesarios y conduzcan a la verdad para culminar en una condenación justa y razonable sin contradicción procesal. Los medios de prueba, el derecho a la prueba, y los hechos a probar por los medios admitidos, en su realización, práctica y administración deben hacerse de modo que las partes en el proceso conozcan esos medios de prueba, estén presentes y supervisen su administración, y sean puestas en condiciones de discutirla o contradecirla.
- El conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa, es esencial para hacer efectivo el derecho de defensa y el principio de contradicción, al examinar al testigo en el contra interrogatorio sobre la veracidad de sus declaraciones o sobre sus condiciones personales de credibilidad.
- La prueba testifical, al igual que cualquier otra, ha de producirse contradictoriamente, o sea, ante la presencia física del acusado, quien a

través de su abogado ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder contra interrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación publica.

- La protección de testigos, por ser una medida excepcional, no debe otorgarse por cualquier clase de delito. Solamente algunas circunstancias concretas dan lugar a la protección de testigos. La mayoría de países democráticamente avanzados (USA, CANADÁ, ARGENTINA, UK) conceden el régimen de protección cuando los delitos ventilados tienen relación con el narcotráfico, el crimen organizado o la corrupción gubernamental.
- El mantener en el anonimato a los testigos en cualquier clase de delitos, sin hacer diferenciaciones, es típico en los países en los que se experimenta un subdesarrollo notable en materia de derechos humanos y en los cuales las instituciones de investigación y acusación (Policía, Ministerio Publico) siguen sumidas en el sub-desarrollo
- Los regimenes de protección deben ser administrados por el poder Jurisdiccional. No hay nada de malo en que el Estado utilice su fuerza y sus recursos en proteger a los testigos (es su obligación hacerlo). No obstante el sistema democrático de pesos y contra pesos, apunta a que los programas de protección deben ser administrados y otorgados por el órgano judicial
- En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración.

- El contra interrogatorio se divide en dos partes: una que ataca la credibilidad del testigo por características personales, y otra que ataca su credibilidad por la coherencia de su relato; en estricto sentido, es ilusorio el afirmar que se puede realizar un contra interrogatorio sobre la base de la improvisación, y en ignorancia de las generales del testigo
- La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacerse efectiva en ese caso concreto, en términos duros de contra interrogar a esos testigos". Uno de los aspectos más esenciales del contra interrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad etc.
- El mantener en el anonimato al testigo impide que al proceso se introduzca información que permitiría al tribunal tener un panorama mas amplio de la credibilidad del medio probatorio
- Por otra parte, nuestro Código Procesal Penal establece que el convencimiento que debe existir en el juez para arribar a la sentencia, debe ser más *allá de toda duda*. Nos parece evidente que la declaración de este tipo de testigos genera, al menos, una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción exigida por la ley.
- En nuestra opinión, la credibilidad del testigo y su potencialidad probatoria se ven sin duda afectados, mientras mayor y más intensa es la protección de la que goza. De allí que, podríamos sostener, admitiendo alguna influencia alemana, que existirá una relación inversamente proporcional entre la intensidad de la protección y la potencialidad probatoria de la declaración del testigo protegido.
- Dicho con otros términos, la declaración del testigo protegido que concurre a declarar en el juicio oral, con su nombre verdadero y de cara

al acusado, será la que tendrá mayor virtualidad probatoria, mayor poder convictivo. En contrario, la declaración de ese otro testigo protegido que declara con máxima protección, sin que la defensa pueda conocer ni su identidad, ni su rostro, de manera previa al juicio y durante el mismo, en que el contra interrogatorio se limita al contenido de las declaraciones del testigo, un tanto a ciegas, verá afectada esa potencialidad probatoria, de la misma manera, esto es, para decirlo en término matemáticos, la convicción probatoria de ese medio será inversamente proporcional al grado de afectación del derecho de defensa. debemos garantizar la protección del testigo, debemos hacer todo lo posible por llevar a ese testigo al juicio, minimizando al máximo el riesgo para ese ciudadano que está colaborando con la justicia, pero al menor costo posible para el derecho de defensa. Y ese equilibrio pareciera encontrarse en esta ecuación: mientras más intensa sea la protección del testigo, menor valor probatorio tendrá su testimonio.

5.3 CONCLUSIONES NORMATIVAS

- A nuestro juicio, un ordenamiento jurídico en el cual se acepta como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada para la defensa, sería inconstitucional, y atentaría, asimismo, contra la garantía del debido proceso. El contra interrogatorio de testigos sería una parte esencial del derecho de defensa en un proceso en que es el *único medio* existente para controvertir dicha prueba. De ahí que podemos sostener que no podría entonces limitarse este derecho ni siquiera parcialmente, pues, además, los pactos internacionales no reconocen limitación alguna, bajo ninguna circunstancia al contra interrogatorio. Aparentemente no existe ningún motivo de forma para afirmar la

existencia de violaciones, existen motivos de fondo suficientes que resultan del análisis de la legislación y las instituciones jurídicas relacionadas en la presente investigación.

- La Constitución como parámetro normativo principal, establece una seria de garantías indispensables dentro del proceso penal, las cuales se ven violentadas con la implementación de medidas como la de ocultar a la defensa la identidad de un testigo de cargo; consideramos que existe violación especifica a los artículos 11 y 12 de la Constitución de la República de El Salvador, referente al debido proceso y el derecho de defensa.
- La legislación Internacional ha establecido un marco de actuación para los Estados, que responde a las nuevas tendencias garantistas, y que resultan de obligatorio cumplimiento para los Estados por ser consideradas normas de ius cogens. Por lo tanto la vulneración de dichos principios posibilitado por un régimen de protección a testigos a través de la figura del testigo anónimo resulta en la violación a: de los arts. 10 y 11 de la declaración universal de los derechos del hombre, arts. 18 y 26 de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, arts. 14 y 15 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, y a los arts. 8 y 9 de la Convención americana sobre derechos humanos.
- Asimismo concluimos que el sistema de derechos humanos de los países europeos significa hoy en día un ejemplo práctico del rechazo a mecanismos como los testigos anónimos, por ser violatorios a los principios, garantías y derechos del ordenamiento jurídico. Tomando como ejemplo muchas sentencias del Tribunal europeo de derecho humanos basados en las reglas de la Convención Europea sobre derechos humanos.

- El Código Procesal Penal de nuestro país, ha establecido hasta hoy en día una serie de garantías que se ven limitadas concretamente con la aplicación del régimen especial de protección a testigos de forma discrecional por parte de los operadores de justicia que responden muchas veces a presiones sociales, y no al interés público que reviste a los procesos penales.
- La nueva ley especial que establece un Régimen especial de protección a testigos y peritos, no vendrá a solucionar un conflicto que radica en problemas sociales de mayor envergadura, y que necesita de verdaderas instituciones que responda a las necesidades imperantes y que íntegramente respete la Constitución, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho. Hoy se abre la posibilidad que la decisión que afecte derechos y garantías del imputado sea dictada por una entidad administrativa, convirtiéndose una injerencia directa en la imparcialidad e independencia de la administración de justicia.

5.4 RECOMENDACIONES SOCIO-POLÍTICAS

- Se debe realizar una re ingeniería en la política criminal del Estado salvadoreño, que abarque la prevención del delito y refuerce los mecanismos de investigación, haciendo que la fuerza probatoria de un caso no recaiga exclusivamente en la prueba testimonial.
- Es imperativo y urgente que creen mecanismos eficaces de protección a los testigos, para lo cual el estado debe orientar fondos adecuados y suficientes.
- Los medios de comunicación deben cesar en la presión mediática sobre los Jueces de la republica, permitiendo que apliquen la ley de forma imparcial e inequívoca.

- Es vital, que el gobierno cambie el discurso de represión en la política criminal. Esto implica, el no sobre valorar las bondades del anonimato de los testigos. Puesto que tienen a su disposición los medios de comunicación masiva, es pertinente señalar que la opinión publica se debe utilizar como un mecanismo de paz y no de confrontación entre el Ejecutivo y el Poder Judicial.

5.5 RECOMENDACIONES DOCTRINARIAS Y JURIDICAS

- La correcta aplicación de un régimen de protección a testigos consiste en un mecanismo que de forma practica brinde seguridad al deponente pero respetando el debido proceso y el derecho de defensa. El modelo ideal debe incluir la posibilidad de que la defensa conozca la identidad del testigo.
- Consideramos adecuada la medida de restringir la publicidad del proceso penal, que la identidad del testigo sea desconocida por la población en general, incluso por los empleados del órgano judicial, lo cual serviría para resguardar su seguridad, pero es inaceptable que el Tribunal de la causa y el defensor desconozcan la identidad del mismo.
- Las medidas de protección ordinarias no deben ser el anonimato y la declaración sin rostro, pues el elevarlas a la categoría de ordinarias, equivaldría a minimizar el afecto que su otorgamiento implica para la defensa. Más bien, las medidas ordinarias deben consistir en primera instancia en la custodia policial permanente, el cambio de domicilio (dentro o fuera de la republica).
- El cambio de identidad debe proceder en una etapa en la que el testigo “YA HA DECLARADO”, cuando se enfrenta solo a las consecuencias de su testimonio, nunca durante el proceso.

- El uso de mecanismos tipo Biombo para evitar presiones sicológicas indebidas hacia el testigo, por parte del imputado, es en casos extremos también aceptable, no obstante, deben analizarse los extremos procesales antes de autorizarse la medida, siendo permisible en casos de tratarse de menores de edad, delitos relativos a la libertad sexual, o cuando el testigo haya sufrido violencia sicológica por parte del imputado. Como puede observarse, la medida no debe responder a propaganda política electorera o a caprichos de los juzgadores, sino que debe tener un objetivo procesal concreto, el cual es resguardar el medio de prueba, tomando al testigo como lo que es: “un instrumento de la justicia”.
- Las disposiciones de la nueva ley de protección a victimas y testigos deben ser reformadas de forma integral, pues incluso ahora, antes de entrar en vigencia, se vislumbra un circo procesal como fruto de su aplicación. En si misma la ley es incompatible con las garantias procesales que la constitución establece, pues convierte a los Jueces en meros observadores ante una restricción al derecho de defensa. Dicho de otra manera, si se permite que sea una oficina dependiente del aparato político del partido de gobierno (a veces llamado “Ministerio de Gobernación”) la que otorgue o retire el régimen de protección, estaremos cayendo del sartén al fuego, en lo que a garantías se refiere, pues ahora no solo se limitara en derecho de defensa a través de los testigos anónimos, sino que quien dictara la medida restrictoria de dicho derecho será el poder ejecutivo, invadiendo de forma flagrante las atribuciones del órgano jurisdiccional.
- Recomendamos a la comunidad jurídica nacional, ahondar en la temática de las garantías procesales y el debido proceso, con la finalidad de cambiar el obsoleto criterio de la sala de lo penal de la honorable corte

suprema de justicia, que considera que el testigo anónimo no es un elemento restrictivo del derecho de defensa. Basta con hacer un repaso rápido de los tratados internacionales vigentes para darse cuenta que se necesita ser mas cuidadosos a la hora de aprobar leyes que violenten las garantías individuales de los ciudadanos. Por lo anterior, se abre la puerta grande de la jurisdicción internacional, que se encuentra lista para conocer de cualquier demanda en contra del Estado salvadoreño por el atropello en que se incurrirá al aplicar la ley de protección a victimas y testigos íntegramente, y como se encuentra redactada a la fecha.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Casado Pérez, José Maria y otros. Código Procesal Penal Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador 2004.

Cartagena Pastor, Fausto. Protección de testigos en causas criminales. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Nº. 1758. Año 1995.

Ceres Montes, José Francisco. Lugar que desempeña la víctima, en particular en la fase de instrucción. Nuevas tendencias : Ley de protección de testigos y peritos, proyecto de Ley de asistencia y ayuda a las víctimas de delitos violentos, proyecto de Código Penal de 1994. A.J.A., 219, Comentarios, (2 de noviembre de 1995), 1.

Climent Durán, Carlos. La prueba penal. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999.

Cros Cecilia, Jaime Fabricio. Valor probatorio del testigo de referencia en Derecho español. Revista Jurídica de Andalucía. Nº. 25. Año 1998.

Decap Fernández, Mauricio. Apuntes sobre la contraposición entre la protección de victimas y testigos y el derecho de defensa. Chile 2001.

Esparza Leibar, Iñaki. “El Principio del Proceso Debido”. Editora Bosch. Barcelona, España. 1995.

Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Fernández Entralgo, Jesús. Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida. Cuadernos de derecho judicial, Consejo general del poder judicial, España 1996.

Garcia Perez, Juan Jacinto. Criminalidad Organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder judicial, España 2001.

García Ramírez, Sergio. Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001.

Garcia Ramírez, Sergio. Algunas Cuestiones del Proceso Penal. 2004.

García Ramírez, Sergio. Los Sistema de Enjuiciamiento y sus órganos de acusación. México 2003.

Génova Espinosa, Elisa Araceli. La Reserva de Identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno. Universidad Católica de Temuco, Chile 2004.

Giménez García, Joaquín. El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. Año 1996.

Giménez García, Joaquín. El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. Actualidad Penal. Año 1994. Nº. 42.

Gómez Orbaneja, Emilio. Tratado de Derecho Procesal. Tomo III.

Héctor Fix-Zamudio, constitución y proceso civil en Latinoamérica México, UNAM, 1975

Hernández Valle, Rubén. La Garantía del Debido Proceso en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de América latina. Argentina 2003.

Hoyos, Arturo. Constitución e impartición de justicia: El debido proceso en el nuevo contexto de America Latina. Panama 1995.

Houed Mario, Sánchez Cecilia, Fallas David. “Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 1998.

Laurence H. Tribe, American Constitucional Law, New Cork, 1978.

Lopez Ortega, Juan José. La prueba de testigos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, problemas que se suscitan en relación con el derecho a un proceso equitativo. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1992.

López Ortega, Juan José. Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales de la jurisprudencia europea. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1993.

Lorca Navarrete, Antonio Maria. El Derecho Procesal como sistema de garantias. Mexico 2003.

Luca, El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal, 1999.

Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal Argentino”, Tomo 1 [B], Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989.

Mauro Cappeletti y William Come, Comparative constitucional Law, New Cork, 1979.

Mittermaier, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929.

Mittermaier, C.J.A. Tratado de la Prueba en materia criminal. Décima edición, adicionada y puesta al día por Pedro Aragoneses Alonso. Editorial Reus S.A.. Año 1979.

Monsalvez Muller, Aldo. El justo y debido proceso en el Derecho Internacional. Chile 2001.

Montañés Pardo, Miguel Angel. La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Año 1999.

Moreno Catena, El secreto de la prueba de testigos del proceso penal, Madrid, 1980.

Paz Rubio, José María - Mendoza Muñoz, Julio - Olle Sesé, Manuel - Rodríguez Moriche, Rosa María. La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales. Editorial Colex. Año 1999.

Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Edit tecnos 1984.

Quiñónez Vargas, Hector. Algunas Observaciones al Proceso Penal Salvadoreño. 2002.

Rives Seva, Antonio Pablo. Casos extravagantes de testimonio. España 2001.

Rives Seva, Antonio Pablo. La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi. Tercera Edición. Año 1999.

Rodríguez, Orlando Alfonso. La ineficacia Probatoria del testimonio secreto. Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia 1996.

Rodríguez Sol, Luis. Protección de testigos y obtención de pruebas en el extranjero. Persecución en caliente. Seminario Hispano-portugués sobre Espacio Judicial Europeo. Cáceres, 27, 28 y 29 de octubre de 1997.

Romero Coloma, El análisis psicológico del testigo en el proceso penal, 1991.

Ruiz Vadillo, Enrique. Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Nº. 1767 de 1 de febrero de 1996.

Salcedo Velasco, Andrés. Protección de testigos e informadores. Seminario Luso Español sobre Cooperación Judicial Penal. Lisboa 28 y 29 de noviembre de 1997.

Segura Oronich, El imputado y el testigo ante el Juez. Psicología del interrogatorio, 1998.

Urbano Castrillo, Eduardo de y Torres Morato, Miguel Angel. La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Segunda Edición. Año 2000.

Urbano Castrillo, Eduardo de. Prueba Ilicita en particular. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1996.

Vásquez, Domingo. El Debido Proceso. Editorial Jurídica Santo Domingo. Rep. Dominicana 2003.

Vega Torres, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. La Ley. Año 1993.

Velasco Nuñez, Eloy. Publicidad, plazo razonable y derecho de defensa. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, España 1993.

Velayos Martínez, María Isabel. El testigo de referencia en el proceso penal. Editorial Tirant Monografías. Valencia. 1998.

LEYES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Constitución de la Republica de El Salvador. D.C. s/n de Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983,publicado en D.O. numero 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983, el cual entro en vigencia el dia 20 de diciembre de 1983.

Declaracion Universal de Derechos Humanos. Aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unudas en su resolucion 217 A (XXX) de 19 de diciembre de 1948.

Declaracion Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogota, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos. Adoptado y abierto a la firma, ratificacion y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolucion 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entro en vigencia el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el articulo 49. Suscripción por El Salvador D.E. numero 42 13-XI-1979. Ratificado por El Salvador D.L. numero 27 23-XI-1979. Publicación D.O. numero 218-XI1979.

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San Jose de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos. Entro en vigor el 18 de Julio de 1978. Suscrita por el El Salvador D.E. numero 405 14-VI-1978. Ratificado por DL. Numero 5 15-VI-1978. Publicado en D.O. numero 113-VI-1978.

Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como Convención Europea de Derechos Humanos. Suscrito en Roma Italia el 4 de noviembre de 1950.

Codigo Procesal Penal de la Republica de El Salvador. D.L. numero 904 4-XII-1996. D.O. numero 11-Tomo 334 20-I-1997.

Ley Especial de Protección a Victimas y Testigos. D.L. 1029 26-IV-2006.

INDICE

INTRODUCCIÓN i
CAPITULO 1 1
"DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA" 1
1.1 APARICION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD. 1
1.2 EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DEBIDO PROCESO. 4
1.2.1. ORIGEN 4
1.2.2 EVOLUCIÓN 5
1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS SISTEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS. 8
1.3.1 GRECIA ANTIGUA: LA DEFENSA INDIVIDUAL 8
1.3.2 EL DERECHO ROMANO: LA DEFENSA DE LOS PATRONES Y ADVOCATIS. 11
1.3.3 EL DERECHO GERMANO ANTIGUO: EL FÜRSPRECH. 14
1.3.4 EL SISTEMA INGLÉS. 15
1.3.5 EL SISTEMA MIXTO CLÁSICO: LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA. 16
1.3.6 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL SALVADOR. 18
1.3.6.1 LAS CONSTITUCIONES. 18
1.4 DEVENIR HISTORICO DEL SISTEMA DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES. 22
1.4.1 GENERALIDADES 22
1.4.2 LA LEY GRIEGA, Y LA PRUEBA TESTIMONIAL 23
1.4.3 LA LEY ROMANA. 24
1.4.4 LA EDAD MEDIA. 27
1.4.5 LA PRUEBA LEGAL 29
1.4.6 LA LIBERTAD PROBATORIA, EVOLUCIÓN 30
1.4.7 EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN (Y APORTACIÓN DE PARTE) 33
1.5 APARICIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL NUEVO PROCESO PENAL. 34
1.5.1 LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SALVADOR: ABANDONO DEL GARANTISMO. 37
CAPITULO 2 38
"CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA" 38
2.1 EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO 38
2.1.1 PROBLEMAS Y REDEFINICIONES EN EL PROCESO PENAL 41
2.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS 42
2.1.3 EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO O AUTORIDAD ESTATAL 45
2.1.4 CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO 46
2.1.5 RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA 50
2.1.6 NOCIÓN RESTRICTIVA DEL DEBIDO PROCESO 52
2.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO 53
2.2.1 DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PROCESO 55
2.2.2 EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN 56
2.2.3 DERECHO A UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL 57
2.2.4 DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR 59
2.2.5 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE ORDEN PROCESAL 59
2.3 EL DERECHO DE DEFENSA 62
2.3.1 ELEMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA 66
2.3.2 DEFENSA MATERIAL 66
2.3.3 DEFENSA TÉCNICA 67
2.3.4 TIEMPO Y MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA 67
2.3.5 ACCESO A LA INFORMACIÓN 69
2.3.6 ACCESO A PERITOS 69
2.3.7 IGUALDAD DE ARMAS 70
2.4 LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES 71
2.4.1 EL SISTEMA DE APORTACIÓN DE PRUEBA EN EL SALVADOR 71
2.4.2 EL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA 74
2.4.3 EL THEMA PROBANDUM U OBJETO DE PRUEBA 77
2.4.4 LOS ÓRGANOS DE PRUEBA 77
2.4.5 LOS MEDIOS DE PRUEBA 78
2.4.6 EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO 78
2.4.7 LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL 81

2.4.8 PRINCIPIOS PROCESALES BÁSICOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA NORMALMENTE 84
2.4.9 EL TESTIMONIO EN CONCRETO 87
2.5 CONSIDERACIONES BÁSICAS DE LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS, TESTIGOS Y PERITOS EN EL PROCESO PENAL. 90
2.5.1 CRITERIOS OPERATIVOS DE LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS 94
2.5.2 LA CUESTIÓN DEL ANONIMATO DEL TESTIGO 96
2.5.3 VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO 99
2.5.4 INEFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO SECRETO.- 108
2.5.5 ERRORES EN LA RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO Y PELIGRO A LA SEGURIDAD DE LOS TESTIGOS 112
2.5.6 INCIDENCIAS DEL ANONIMATO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR. 113
CAPITULO 3 116
ANALISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO 116
3.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 116
3.1.1 TRASCENDENCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS. 117
3.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN Y SU TRASCENDENCIA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO. 121
3.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES. 122
3.4 LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 124
3.4.1 EL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES 125
3.4.1.1 NORMATIVA INTERNACIONAL 127
3.4.1.2 RESEÑA DE LA NORMATIVA 133
3.4.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL 135
3.4.2.1 EL DERECHO A LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA 138
3.4.2.2 EL DERECHO A PRESENTAR TESTIGOS Y CONTRA INTERROGAR TESTIGOS DE CARGO 139
3.4.3 LOS MEDIOS PROBATORIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 139
3.4.3.1 NORMAS PERTINENTES 141
3.5 REGIMEN DE PROTECCIÒN A TESTIGOS DEL CODIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO Y LA VIOLACION A LOS DERECHOS Y GARANTIAS. 142
3.5.1 EL DEBIDO PROCESO Y EL TESTIGO ANÓNIMO DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS. 148
3.5.1.1 LA IGUALDAD DE LAS PARTES Y SU VULNERACIÓN POR EL ANONIMATO DEL TESTIGO. 148
3.5.1.2 LAS GARANTÍAS DE ORDEN PROCESAL Y SU VULNERACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL TESTIGO ANÓNIMO. 150
3.5.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU VINCULACIÓN CON EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS. 152
3.5.2.1 LA IGUALDAD DE ARMAS COMO PARTE DEL DERECHO DE DEFENSA Y SU IMPLICACIÓN RESPECTO AL TESTIGO ANONIMO. 153
3.6 ANALISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS de 25/05/2006 156
3.6.1 FINALIDAD. 157
3.6.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO 158
3.6.3 PRESUPUESTO MATERIAL DE APLICACIÓN 160
3.6.4. MEDIDAS PROTECTORAS -CLASIFICACIÓN- 162
3.6.5 CONSIDERACIONES FINALES 165
3.7 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RELATIVA AL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA Y LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS 166
3.7.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. 166
3.7.1.1 JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 167
3.7.1.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU. 168
3.7.1.3 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. 169
3.7.1.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA ARGENTINA 169
3.7.1.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. 170
3.7.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 172
3.7.2.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINA 172
3.7.2.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA 173
3.7.2.3 JURISPRUDENCIA DE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 174
3.7.2.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS Y CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO. 174
3.7.2.4 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 181

3.7.2.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 182
3.7.2.6 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 183
3.7.2.7 JURISPRUDENCIA TRIBUNALES CHILENOS 183
3.7.3 LEGISLACIÓN COMPARADA 186
3.7.3.1 ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 19/1994. 187
3.7.3.2 COLOMBIA: LEY ANTITERRORISMO 189
3.7.3.3 CHILE: CODIGO PROCESAL PENAL. 191
CAPITULO 4 195
RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO 195
CAPITULO 5 213
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 213
5.1 CONCLUSIONES SOCIO-POLÍTICAS 213
5.2 CONCLUSIONES DOCTRINARIAS 214
5.3 CONCLUSIONES NORMATIVAS 219
5.4 RECOMENDACIONES SOCIO-POLÍTICAS 221
5.5 RECOMENDACIONES DOCTRINARIAS Y JURIDICAS 222
BIBLIOGRAFIA **¡Error! Marcador no definido.**
ANEXOS

INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren, donde la problemática de la inseguridad, del crimen organizado, de la ineficiencia del proceso penal están en la cima de las cuestiones que aquejan y preocupan a toda la comunidad, existe un caldo de cultivo propicio para que surjan y se legitimen nuevos medios de prueba u otros muy antiguos a los que se le adaptan particularidades en su producción o práctica. La utilización de Testigos Anónimos en el Proceso Penal salvadoreño es el ejemplo más evidente de esto.

Los testigos desempeñan un papel esencial en el enjuiciamiento de los delincuentes, porque de su cooperación con las autoridades suele depender el éxito de las actuaciones penales.

Si bien algunos testigos son personas inocentes que relatan lo que vieron durante una investigación o juicio, otros son delincuentes que testifican contra otros acusados a cambio de una sentencia más benévola. Más allá de quiénes son y por qué cooperan, los testigos son vulnerables a la intimidación y las represalias.

La protección de los testigos es una cuestión amplia que requiere una variedad de respuestas, incluida la asistencia a las víctimas y los testigos, la seguridad en los tribunales, la protección en el corto plazo y los programas de protección de testigos.

Apoyar y proteger a los testigos es una tarea de particular importancia en los casos relacionados con la delincuencia organizada, en los que resulta difícil identificar y enjuiciar a los delincuentes y en los que las personas que participan de las actuaciones penales suelen recibir amenazas.

No obstante, el conflicto de intereses y derechos que emanan de la forma como el Estado salvadoreño protege a los testigos en los procesos penales deja en claro que la actividad Estatal va más allá de la protección, pues atropella

garantías constitucionales básicas, garantías sin las cuales el imputado se encuentra desarmado ante el ataque del poder punitivo.

El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos y el derecho de defensa. De lo que se trata es de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho de defensa, a fin de establecer cuándo, a propósito de la protección de la víctima o el testigo, habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima. Y el límite parece estar en la posibilidad del contra interrogatorio del testigo protegido. Admitiendo incluso la posibilidad de que la intensidad de la protección alcance a la identidad del testigo, lo que correspondería sería revisar la valoración que de esa prueba efectúan los jueces del juicio, en directa proporción a la mayor o menor posibilidad de contra interrogar que ha tenido la defensa. Hemos abordado la investigación de estos temas desde una perspectiva Doctrinal y práctica, centrándonos en un análisis pormenorizado de la Jurisprudencia internacional y comparada.

Capitulo 1: denominado "DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA", tiene como finalidad esclarecer como las garantías procesales mínimas aparecieron en el plano jurídico, pasando por los distintos modelos procesales, acentuando el desarrollo y evolución de la doctrina relativa a dos asuntos importantes: el debido proceso y el derecho de defensa. En este capitulo se trata de esquematizar el avance que la sociedad moderna ha experimentado en lo relativo a las garantías de los procesados, la producción de la prueba, y el desarrollo de los juicios criminales.

Capitulo 2: denominado "CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA",

consiste en un análisis a la luz de los doctrinarios y expertos en derecho procesal penal y criminología de todas las implicaciones que conlleva la búsqueda de un proceso justo y garantista. Es acá donde se exponen los planteamientos teóricos relativos al alcance de los conceptos de debido proceso y derecho de defensa. Se plantean todos los tópicos que se deben tener en cuenta cuando se implementa un programa de protección de testigos, las garantías en juego, la naturaleza del derecho probatorio, las iniciativas y exposiciones propias de la comunidad jurídica encaminadas a evitar un atropello los derechos. En este importante capitulo se puntualizan las violaciones que a nuestro juicio se comenten al utilizar testigos anónimos en el proceso penal, la ausencia de credibilidad del testigo, la falta de contradicción, la imposibilidad de carear al testigo, y por ultimo la ineficacia probatoria del testimonio secreto.

Capitulo 3: "ANÁLISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO", considera la parte legal de la investigación; en este capitulo no se hacen consideraciones fuera de las normas vigentes. Se analiza la figura del testigo anónimo y las garantías procesales desde la óptica de los cuerpos legales mas importantes, realizando dicho análisis en orden jerárquico; primero la constitución de la republica, los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional, el código procesal penal, y por ultimo la recientemente aprobada ley de protección a victimas y testigos. Se hace uso además de la legislación y la jurisprudencia comparara, para acentuar la necesidad de racionalizar las medidas de protección y de adecuar la legislación interna al derecho internacional.

Capitulo 4: "RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO", en el cual se resume las actividades realizadas en el estudio exploratorio de información vital para la investigación, haciendo uso de los métodos y técnicas con anterioridad fijados en el anteproyecto. La investigación de campo fue realizada por medio de método de investigación

denominado muestreo selectivo de informantes claves, con la utilización de la de la técnica de entrevista estructurada o dirigida y cuyo instrumento lo constituyó la cedula de entrevista. Estas fueron dirigidas, a los sujetos intervinientes en el Sistema de Justicia Penal: Fiscales, Jueces y Defensores, de la zona metropolitana de San Salvador

Capitulo 5: “Conclusiones y recomendaciones”, los resultados finales y conclusiones de la investigación”.

“La justicia no consiste en dar a todos por igual, sino a cada uno lo que merece.”

Anónimo

CAPITULO 1

"DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA"

1.1 APARICION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD.

Las Garantías Individuales no tuvieron un nacimiento espontáneo en la historia de la humanidad, fueron producto de luchas llevadas hasta su última consecuencia con el fin de limitar el poder punitivo del Estado. Su aparición fue progresiva y resulto de un largo periodo de aportes de todos los sectores para convertirse en lo que hoy significan para el Derecho.

El Derecho Procesal Penal, como última esfera de protección del individuo es quizá la rama del Derecho que mas ha aportado a la categoría de las Garantías Individuales.

El Proceso Penal hace posible la actuación del ordenamiento Jurídico que tienen por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional. Así mismo surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva se sitúa, no como un instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías, que posibilita la aplicación de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia.

Las garantías individuales no han sido históricamente, siempre las mismas. Lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justas.

Por ello y frente a la interrogante actual relativa a la posición del sujeto ante tales estructuras, se opone la respuesta pasada de la ubicación de ese mismo sujeto frente a su deseo de lograr un auténtico enjuiciamiento en justicia. De ahí que, la necesidad de ofertar esa respuesta para conocer aún mejor nuestro actual ordenamiento procesal, obliga a acudir a la historia.

Históricamente una primea concepción que posibilito un sistema de garantías minimamente aceptables para los sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia, se sustento en la convicción, que entre las partes afectadas existían derechos y obligaciones, cuya fuente era un contrato existente entre ellas.

Según este contrato, el enjuiciamiento de los derechos en conflicto implicaba una autentica base contractual, que obligaba a aceptar la decisión judicial.

En tal sentido, la necesidad de aceptar la decisión de jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano fue la base del contrato procesal de la *litis contestatio*. Esta se concertaba y se refrenda por el magistrado, el cual con el *dare actionem* concedía la garantía de la jurisdicción. La concepción romana de las garantías, que ofrecía el proceso, fue elaborada en la edad media y domino el panorama doctrinal hasta mediados del siglo XIX.

Pero su error radico en considerar que entre quienes desean un determinado enjuiciamiento en justicia existía un verdadero acuerdo de voluntades. No era así, ya que es común que no se acudiera a ese enjuiciamiento libremente (sin previo acuerdo), pues si así fuera, la solución seria arbitral.

Para superar los inconvenientes de la litis contestatio se acude a la figura del cuasicontrato, que no requiere un previo acuerdo de voluntades. Pero el logro de un enjuiciamiento en justicia como un sistema de garantías, tampoco ahora es satisfactoriamente explicado, porque se le ha de reprochar la aspiración de configurarlo como una institución de derecho privado de corte

romanista, o sea, en un momento de transición entre la justicia privada y la pública.

Frente a las orientaciones de cuño privado (sistema de garantías particulares), surge una forma de ofertar un sistema de garantías, esta vez ya público. Tal sistema implica que las garantías entre las partes intervinientes en el enjuiciamiento en justicia se encuentran sustentadas en la existencia de una relación jurídico-procesal, con derechos y obligaciones recíprocas.

Lo fundamental era que esa relación apareciera como distinta de la relación jurídico material preexistente. Es la relación jurídico-procesal, de marcado carácter público debido a la intervención de un sujeto: el órgano jurisdiccional, juez o tribunal –puesto por el Estado- que ha de impartir justicia.

Surge así históricamente la dicotomía entre proceso y procedimiento, pero como categorías jurídicas tan sólo públicas. Más allá, la distinción en modo alguno existía.

Lo cierto es que ya el proceso, ya el procedimiento, servían de base a un sistema de garantías eminentemente públicas, que hizo posible descomponer los elementos de la relación: sujetos, objeto y actividad.

Pero el logro de un autentico sistema de garantías públicas estaba aun lejos de alcanzarse, ya que es necesario señalar que, aunque efectivamente existen derechos y obligaciones propios de la relación jurídica pública, no todos son procesales.

Este esbozo general de la concepción histórico de las garantías sirve para generarnos una idea de cómo fue la evolución de estas figuras jurídicas y ahora mencionaremos como las Garantías Individuales se concretizan a través de principios que resultan indispensables para hablar ciertamente de Derecho Procesal Penal, en este capitulo estudiaremos los dos principios más importantes y, sobre los cuales especificaremos su desarrollo histórico son: El Principio del Debido Proceso y el Principio de Inviolabilidad de la Defensa.

1.2 EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DEBIDO PROCESO.

1.2.1. ORIGEN

El denominado principio del debido proceso de ley (Due Process of Law), en cuanto su origen, debe ser enmarcado en conjunto dentro del liberalismo o ideología política democrático-burguesa, en la cual el constitucionalismo es uno de sus aspectos doctrinales esenciales, fruto de las grandes revoluciones burguesas que, como expresión del rechazo al absolutismo monárquico y freno a los abusos y arbitrariedades del antiguo régimen, concibe la ley, y especialmente la constitución, como instrumentos que establecen, organizan y estructuran los poderes del Estado, sus limites, y los derechos individuales y fundamentales de los ciudadanos; como el mejor freno a los excesos y abusos de los gobernantes sobre gobernados.

El constitucionalismo es el fruto de esas revoluciones burguesas de los siglos XVII, XVIII y XIX, como son: La Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Revolución de Independencia de los Estados Unidos de América, y la Revolución de Independencia de las Naciones Iberoamericanas del Siglo XIX.

El Debido Proceso de Ley (Due Process of Law), aún fruto de ese nuevo orden político y jurídico, es propio del sistema de Derecho Anglo-Sajón (Common Law).

Existe el acuerdo que el origen del concepto mas no de la definición del debido proceso (*due processs of law*) se encuentra en la Carta Magna, que fue expedida en Inglaterra en 1215 por el rey Juan, esta carta reconoció derechos feudales, carta que constaba de 63 capítulos. En el Capitulo 39 de dicha Carta que estaba redactada en latín idioma oficial, el Rey Juan prometió “que ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o

exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra el, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra".

Al fallecer el rey Juan el nuevo Rey Enrique III reafirmo la carta en 1216, posteriormente se da la reexpedición de la carta en 1225, también en el reinado de Enrique III, el documento es reducido de 63 a 37 capítulos y la cláusula que trataba sobre el debido proceso pasa del capitulo 39 al 29, doce años después el documento es denominado Carta Magna por primera vez.

En el año de 1354 la carta es espedida por primera vez en el idioma ingles por el Rey Eduardo III, y es como aparece por primera vez la expresión *due Procces of law,* expresión conocida y traducida al español como el debido proceso legal o simplemente como el debido proceso.

Posteriormente también en Inglaterra, la cláusula de *due Procces of law* aparece consagrada en *the Petition of Right* de 1627, elaborada por le distinguido jurista EDWARD COKE, y el *Habeas Corques Act* de 1640.

1.2.2 EVOLUCIÓN

La evolución de esta institución que tiene su consagración original en la Carta Magna continúa hasta su posterior incorporación a constituciones contemporáneas.

El catedrático español Pérez Luño señalo "la historia del proceso de positivización de los derechos fundamentales comienza en la edad media"[1], como ya hemos mencionado la Carta Magna es la de mayor trascendencia puesto que se consagran derechos otorgados a nobles en virtud de un pacto con el Rey, Carta que es considerada como el fundamento de las libertades de los británicos.

[1] Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Edit tecnos 1984, se ocupa de la evolución "diacrónica" de los derechos humanos en las Págs. 108 a 130.

Cabe señalar que los derechos fundamentales otorgados en la Carta Magna fueron reconocidos de forma contractual y particular, dado que se otorgaron como titulares de esos derechos a solo cierto estamento (la nobleza).

La evolución posterior sostiene Pérez Luño "supuso un transito progresivo del ámbito privatístico al del derecho público. Esto se produce a medida que se disuelve el sistema estamental propio del feudalismo y van surgiendo con los parlamentos, instituciones representativas del *consensus* del país y en los que las antiguas clases van perdiendo fuerza. Las declaraciones de los derechos no serán a partir de entonces el producto de un pacto contractual entre miembros de diversos estamentos para conciliar sus intereses, sino el resultado de una paulatina centralización de las fuerzas políticas, se verán en ellos la expresión, por medio de una ley general que se impone también al príncipe, del principio conquistado de la soberanía popular"[2].

Con la aparición del constitucionalismo la garantía del debido proceso es reconocida como un derecho fundamental, que es consagrado en un documento de derecho publico, y cuya titularidad no se restringe a los miembros de un estamento, sino mas bien se presenta como un derecho de todos los ciudadanos parte de un Estado o de todos los hombres.

Producto de la independencia de los Estados Unidos de Norte América de Gran Bretaña en 1776 encuentra lugar en textos constitucionales la garantía del debido proceso. Algunas constituciones estatales que siguieron a la declaración de independencia del 4 de julio, como la de Pennsylvania de agosto de 1777, Maryland y Carolina del Norte (noviembre y diciembre de 1776) pero ninguna de estas consagra la expresión británica de *due process of law.*

La Constitución Federal Norteamericana de 1787 no contenía este derecho. Sin embargo, en la primavera de 1789 Madison introdujo en el primer congreso, una enmienda a la Constitución federal que después se convertiría

[2] Pérez Luño, op. Cit., Pág. 113.

en la quinta enmienda: (ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal). Posteriormente, la expresión due process of law fue incorporada en la sección I de la enmienda catorce de la Constitución[3].

Con posterioridad a la Constitución federal de los de los Estados Unidos donde esta garantía estaba prevista con diversas designaciones, lenguajes y redacciones, fue plasmada en una gran parte de Constituciones Europeas[4] y de Latinoamérica[5].

Al respecto basta señalar que, ya de modo directo o ya indirecto, todas las Constituciones políticas consagran el principio del debido proceso, del mismo modo que en los convenios o acuerdos internacionales que vinculan, si no a todos, a la mayoría de los Estados, y particularmente a aquellos firmados y ratificados dentro del marco de las Naciones Unidas (ONU).

En el plano mundial pueden citarse el Art. 10 de la Declaración Universal del los derechos del hombre y el Art. 14, del pacto internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado por las naciones unidas. La primera de estas normas tiene el siguiente texto: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En cuanto al continente americano se refiere puede mencionarse la con Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José Costa Rica en 1969.

Así, vamos a citar la Convención Europea de los Derechos Humanos, entre los Estados que integran la Comunidad Europea (CE), y la Convención

[3] Laurence H. Tribe, American Constitucional Law, New Cork, 1978, pags. 886 a 990.
[4] Mauro Cappeletti y William Come, Comparative constitucional Law, New Cork, 1979.
[5] Héctor Fix-Zamudio, constitución y proceso civil en Latinoamérica México, UNAM, 1975

Interamericana de los Derechos Humanos, entre los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA); pero más allá de toda formulación legislativa del principio, su vigencia trasciende, puesto que se trata de un principio general, un valor jurídico que dentro del ordenamiento está por encima de la Constitución y demás leyes, y en el que subyace todo ordenamiento.

1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS SISTEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS.

La evolución histórica de la Inviolabilidad del Derecho de Defensa, se encuentra íntimamente ligada, a las diversas formas de enjuiciamiento de las personas que infringen la norma penal que han existido a lo largo de la historia de la humanidad; se encuentra vinculado a lo que la Doctrina Procesal Penal ha denominado como los Sistemas Procesales Penales o Sistemas de Enjuiciamiento Penal.

Establecido lo anterior, es necesario hacer notar, que una exposición detallada de dicha evolución, excede los fines del presente trabajo, razón por la cual únicamente se realizará un esbozo general de dicho desarrollo, el cual tendrá como método de exposición, siguiendo a lo afirmado por Maier "la presentación de los principales sistemas de realización penal que el hombre ha concebido conforme a sus necesidades políticas"[6],.

1.3.1 GRECIA ANTIGUA: LA DEFENSA INDIVIDUAL

En el Derecho Griego, se fundamenta en distinguir dentro de las infracciones penales, las de carácter público, que son las que lesionan un

[6] Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal Argentino", Tomo 1 [B], Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 22.

interés comunitario y las de carácter privado, que únicamente lesionan intereses particulares, estableciendo para cada una de ellas, procedimientos distintos, así, en el caso de las infracciones penales privadas, se "seguía el mismo procedimiento de las disputas estrictamente civiles (patrimoniales, familia, etc.)"[7] de ahí que su persecución estaba reservada únicamente al ofendido o sus sustitutos, quienes podían ser el padre, el tutor, o el amo; mientras, que en las infracciones penales públicas, se seguía un procedimiento establecido para ellas, dentro del cual, se disponía, la Acusación Popular, es decir "la facultad de cualquier ciudadano de perseguir penalmente al infractor".

El ciudadano acusador, tenía bajo su responsabilidad realizar la actividad necesaria para reunir los elementos de cargo que presentaría en el debate, la cual incluía que en caso de que el acusado fuera condenado recibiría una parte de los bienes que se le confiscaran a este, pero si era absuelto se procedía inmediatamente al examen de su comportamiento, a fin de establecer si su derecho de acusar era fundado, lo cual se acreditaba por medio del voto de los jueces del tribunal se necesitaba el voto favorable de la quinta parte de sus miembros para considerar fundada la acusación-, de lo contrario era sujeto de graves penas.

En relación al procedimiento para el juzgamiento de las infracciones penales públicas, con el procedimiento común se tramitaban todos los delitos, a excepción de los reservados para los otros tribunales; este procedimiento se iniciaba a través de la Acusación, presentada ante un Arconte[8], quien luego de juzgar su seriedad y formalidad conforme a los elementos de prueba que en ella se citaban, la admitía luego de lo cual tomaba juramento al ciudadano acusador y recibía una caución, con lo cual se aseguraba que no abandonaría el

---

[7] 2 González Alvarez, Daniel, 'Los Diversos Sistemas Procesales Penales, Principios y Ventajas del Sistema

[8] Magistrado a quien se confió el gobierno de Atenas a la muerte del rey Codro. || **2.** Cada uno de los nueve que posteriormente se crearon con el mismo fin.
Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

procedimiento hasta la decisión del tribunal, a continuación designaba el tribunal competente y convocaba a quienes debían constituirlo para el día del juicio público. Como puede observarse, la Acusación se constituía en “la primera garantía del imputado, quien no puede ser llevado a juicio sino en virtud de una imputación formal y pública que genere la responsabilidad de quien la hace” La Asamblea del Pueblo dejaba de lado las formas y las garantías del procedimiento común, en aras de la importancia política del problema y el Areópago[9] sesionaba de noche y con formas misteriosas que impresionaban al pueblo, restringiendo los debates a los hechos y votando en secreto.

El día señalado para el juicio, los ciudadanos se reunían, realizándose este de forma oral y pública, se iniciaba con la lectura de la Acusación y de todas las piezas que la avalaban; a continuación el ciudadano acusador desarrollaba sus cargos a medida que interrogaba a sus testigos; luego, el acusado o su patrocinante hacían la defensa, pudiendo presentar también testigos, y le sucedía el debate alegatos entre acusador y acusado, luego de lo cual los jueces eran convocados a juzgar, sin deliberar, a través de echar en una urna habas blancas o negras que eran contadas por el presidente del tribunal para proclamar el resultado. La sentencia era dictada por mayoría simple de votos y en caso de empate el acusado era absuelto, siendo esta decisión no impugnable, por representar la soberanía del pueblo.

El enjuiciamiento procesal penal griego, se caracterizó, por garantizar en la etapa del juicio una igualdad entre acusador y acusado, Lo cual permitía que este último pudiera ejercer contra la Acusación, su derecho de defensa, ante un tribunal que se encontraba en una posición pasiva, es decir de arbitro en una lucha leal y honorable entre las partes.

[9] Tribunal superior de la antigua Atenas

Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Una de las características básicas en esta etapa, fue que el acusado debía comparecer él mismo a defenderse; pero podía hacer elaborar el informe de defensa por medio de otra persona. Posteriormente llegó a ser costumbre hacerse representar por terceros.

1.3.2 EL DERECHO ROMANO: LA DEFENSA DE LOS PATRONES Y ADVOCATIS.

El derecho Procesal Penal romano, expresa de una forma más definida que el ateniense, su estrecha vinculación con el régimen político imperante, pues refleja su evolución, de conformidad a las transformaciones de las instituciones políticas de la sociedad romana: la Monarquía, La República y El Imperio; es así que los sistemas de enjuiciamiento penal evolucionan al compás de tales organizaciones políticas, pero el cambio de un sistema a otro no sucedía repentinamente, sino por el contrario operaba gradualmente, penetrando el antiguo sistema a las instituciones posteriores y adquiriendo el nuevo sistema, al comienzo, carácter de excepción frente al anterior.

El sistema de enjuiciamiento penal romano, conocido como accusatio, quaestio o iudicium publicum, se estableció en el último siglo de la República (VII de la era romana) y en términos generales, como expresa Vélez Mariconde implicaba que la justicia era administrada por un jurado popular; a base de una acusación de cualquier ciudadano y por medio de un procedimiento oral, público y contradictorio[10]. Como se ha dicho, la función de administrar justicia estaba confiada, a un jurado popular -iudices jurati- presidido por un magistrado, que según unos autores era también llamado quaesitor aunque otros señalan que tal magistrado era el pretor, quien podía delegar en uno de los jurados llamado quaesitor, la dirección del collegium, invistiéndolo del imperium necesario; en

[10] Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 34.

todo caso, tal funcionario era el órgano público encargado de convocar y organizar al jurado, el cual se componía de un número variable de miembros, elegidos en sus inicios de los senadores, pero con posterioridad adquieren ese derecho los caballeros y los tribunos del tesoro.

En cuanto al ejercicio de la Acción Penal, al igual que en Grecia, cualquier ciudadano, que gozara de plenos derechos civiles y políticos, podía representar a la comunidad romana y por consiguiente tenía el derecho de acusar, exceptuándose los magistrados, en razón del cargo desempeñado, las mujeres, los menores y el hijo de familia, en razón de depender del pater familias y las personas que por sus antecedentes no ofrezcan garantías suficientes de honorabilidad.

En relación al procedimiento, este se inicia por la Acusación, en la cual se designaba la acción que se intentaba y la persona imputada, dirigida ante el quaesitor, quien debía examinarla y en caso de no existir obstáculo alguno, admitirla; luego de ello, el Acusador presta juramento de sostenerla hasta la decisión final y formula la llamada nominis delatio, es decir, la verdadera querella, en donde designa al acusado y expone los fundamentos fácticos y jurídicos que afirman la pretensión deducida; a continuación, el magistrado inscribe la Acusación en el registro del Tribunal e inviste o comisiona al Acusador, de la potestad necesaria para investigar el hecho, en virtud de lo cual, cuenta con facultad para realizar inspecciones, secuestros, y citar e interrogar a los testigos que estime relevantes, en virtud de lo cual la carga de la prueba recaía en su persona.

Tal como lo afirma Maier ‘El carácter público (para el acusado) o secreto de esta investigación, es decir, la posibilidad de que el acusado siguiera al acusador controlando efectivamente la prueba de la que este último se iba a

valer en el debate, no puede afirmarse con seguridad, pues ha sido objeto de controversia"[11].

El debate, se realizaba en forma oral, pública y contradictoria, presidido por el quaesitor; en los primeros tiempos, el juicio comenzaba por los alegatos del acusador, quien refería los hechos atribuidos, siguiendo la palabra del acusado o su defensor y luego la recepción de la prueba; pero con posterioridad se invirtió este orden, dando lugar a que la prueba fuera vertida antes de los alegatos. Una vez recibida la prueba, el magistrado ordenaba que se procediese a dictar sentencia, lo cual se efectuaba por medio de tablas, en donde se establecía la absolución, la condena o una más amplia información -ampliatio-, siendo necesario para condenar a un acusado la mayoría simple, y en caso de empate, el acusado era absuelto.

Como puede observarse, el acusado, era considerado una parte del litigio, y como tal colocado, en igualdad con el acusador, permitiéndose la defensa personal, pero además apareciendo al lado del reo, la figura de una patronus o abogado que aquel podía elegir, para que se hiciera cargo de su defensa, de ahí que esta se transforme en un instrumento de garantía individual.

Los defensores siguieron llamándose patrones, aún después que la institución el patrono ya no tenia que ver con los procedimientos criminales. La defensa no era obligatoria, pero la costumbre era hacerse defender por un patrón. En al época del imperio, los defensores dejaron de llamarse patrones, y se les denomino "advocati". Estos llegaron a constituir una profesión especial, que gozaba de privilegios. Además, de entre los "advocati" se elegía muchas veces a los magistrados y otros altos funcionarios del Estado. En el Digesto, la defensa es regulada en el primer libro, titulo tres de postulando y titulo tres de procuratoribus et defensoribus. Los defensores en la Roma Imperial tuvieron las

[11] Maier, Juho B.J., ob. cit., p. 42.

más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que impusieron limitaciones propias de un sistema autoritario: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resulto ilusoria en la práctica, sobre todo en la fase de instrucción del proceso.

1.3.3 EL DERECHO GERMANO ANTIGUO: EL FÜRSPRECH.

El derecho germano antiguo, se distingue de los ordenamientos procesales penales de otros pueblos de la antigüedad, tal como lo afirma Maier por el "tipo acusatorio privado de su sistema de enjuiciamiento"[12] y por la subjetividad probatoria que lo regía, es decir, por ser un "procedimiento destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes por signos exteriores que la revelen directamente".

El Derecho Germano antiguo, evolucionó en dos períodos históricos, denominados: Período Franco y de la Alta Edad Media, en donde en rasgos generales se consolido el sistema de enjuiciamiento penal esbozado, con algunas variantes. En el período franco, la paz de la comunidad, es sustituida por la paz del rey, en virtud de la monarquía imperante, y es éste, quien como Juez preside el tribunal popular, integrado por siete funcionarios más, se admite excepcionalmente un procedimiento de persecución oficial y se admiten como Medios de Pruebas las Ordalías o Juicios de Dios en donde la divinidad se pronuncia por la verdad. En el período de la Alta Edad Medía, como carácter principal, se impone la necesidad de un patrocinante para las partes, en virtud del formalismo exagerado de los actos y el valor de las palabras, quien hablaba por ellas en su presencia; comienza a considerarse la prueba como forma de

[12] Ver: Vélez Mariconde, ob. cit., p. 31 y 32, citado por Maier. 19 Maier, Julio B.J., ob. cit., p. 23.

reconstruir el hecho en discusión y se configura la impugnación como medio de censura a la resolución del juez.

La defensa se desarrollo, esto debido al formalismo del procedimiento. Así, este requería determinadas declaraciones formales, llegando a ser costumbre hacerse representar por un intercesor (fürsprech), que hacia para las partes las declaraciones requeridas. Esto reportaba ventajas, porque las declaraciones incorrectas del intercesor, podían enmendarse, mientras que las partes quedaban vinculadas irrevocablemente. Poco a poco el intercesor fue adquiriendo, en los procesos penales, la posición de defensor.

1.3.4 EL SISTEMA INGLÉS.

Durante la edad media y la modernidad, el sistema procesal penal Inglés evolucionó sin receptar el sistema inquisitivo canónico, cuidando en cambio de salvaguardar las libertades ciudadanas básicas. En Inglaterra, cierta tendencia democrática de organización social, se reflejó en las instituciones jurídicas procesales, a través del fortalecimiento del modelo acusatorio, en el cual, para la gran mayoría de los delitos, el juez no puede actuar de oficio, si no sólo sí media una acusación particular. Corresponde a ese ciudadano particular, no sólo iniciar el proceso, sino mantener la acción durante todo su curso. La labor de reunir pruebas queda, sin embargo, a cargo de funcionarios públicos, dependientes de la Corona y de jueces de paz. Existe además, un jurado popular, que ejerce una función contralora respecto de las acusaciones, sea para no permitir que prosperen aquellas carentes de fundamento o para frenar aquellas otras demasiado temerarias. El juicio propiamente dicho se rige por los principios característicos del régimen acusatorio: oralidad, publicidad y contradicción entre las partes.

Es por ello que el sistema acusatorio inglés cobró enorme auge durante el siglo XVIII, donde el iluminismo se encargó de resaltar sus virtudes frente al sistema inquisitivo decadente que imperaba en Europa Continental; sus principales rasgos se incorporan, casi en su totalidad, al primer sistema procesal que adopta la Revolución Francesa y, posteriormente, sobreviven dichos rasgos en el Código de Instrucción Criminal de 1808 que, es el cuerpo legal que plasma el sistema mixto clásico y por esta vía, en los sistemas procesales latinoamericanos

1.3.5 EL SISTEMA MIXTO CLÁSICO: LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

El Sistema Mixto Clásico, como forma de procedimiento penal, surge en Francia, como resultado de una profunda transformación política y social, la Revolución Francesa (1789); en tal transformación influye fuertemente el pensamiento del iluminismo, representado por figuras como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Beccaria, quienes criticaron el sistema inquisitorial de enjuiciamiento penal, la tortura, la anulación de la defensa, los abusos dentro del proceso y en el sistema penitenciario, por ser una expresión del poder absolutista de los monarcas, propugnando la implantación de un régimen democrático republicano que sustituyera las monarquías absolutistas, y en el plano procesal penal, retornando al Sistema Acusatorio para rescatar sus principios más significativos.

Al producirse la Revolución Francesa en 1789, el régimen adoptó, casi por completo, el sistema de enjuiciamiento inglés, de corte acusatorio, pues tal como se ha dicho, no fue influido por la inquisición. Tal recepción en Francia, duro poco tiempo, en virtud de las condiciones históricas y sociales de Francia, apareciendo entonces como regulación del sistema de enjuiciamiento penal, la

Codificación Francesa, materializada en el Código de Instrucción Criminal, sancionado en la era de Napoleón Bonaparte y que estableció el Sistema Procesal Mixto Clásico, como forma de enjuiciamiento penal.

A nivel del procedimiento, el Sistema Procesal Mixto Clásico contempló una primera fase de instrucción de naturaleza inquisitiva, escrita y en secreto, dirigida por un Juez, protagonista principal y ante quien actúa el representante del Ministerio Público. Un procedimiento intermedio, en el cual los resultados de la instrucción eran sometidos a la Cámara de Consejo donde se discutía la acusación penal, dándola por agotada y se clausuraba el proceso si no había elementos de prueba suficientes, o bien, remitiéndola a la Cámara de Acusación, si las pruebas eran suficientes.

El juicio era regido por la oralidad, publicidad y contradicción, en donde se le intimaba al imputado con claridad el hecho que se le atribuía, se le daba amplia oportunidad de defensa, pudiendo nombrar defensor de su confianza o por el contrario se le designaba uno de oficio, y el jurado emitía el fallo por emisión de votos y mayoría simple. Fue en esta etapa de la historia que el panorama cambio, pues una de las primeras reformas que introdujo la Asamblea Constituyente fue abolir la prohibición de defensor, y desde entonces afirmó para siempre el principio de que no es posible negar a los acusado la asistencia de un defensor

En cuanto a la prueba, este sistema mantuvo la prueba tasada o legal predeterminada, así como el régimen de la libre convicción o íntima convicción, predominando esta última, pues tanto los jurados como los jueces técnicos, deben juzgar según su intima convicción, con la diferencia de que estos últimos deben motivar sus sentencias.

Sin embargo, el Código Napoleónico de 1808 que instituyó el sistema mixto, desvirtuó los ideales revolucionarios, pues estableció una instrucción absolutamente secreta, donde el defensor tenia muy poco o nada que hacer. Desde entonces se discute, si la instrucción debe ser secreta o limitadamente

pública, y si la defensa debe ser obligatoria desde el primer momento del procedimiento.

1.3.6 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL SALVADOR.

El abordaje de la evolución histórica del derecho de defensa, en el ordenamiento jurídico procesal penal de El Salvador, se analizará desde el momento en que este adquiere su calidad de Estado, es decir a partir de su independencia del Reino de España en 1821, enfocándose el análisis en la legislación fundamental que reguló tal derecho, de ahí que se abordará su evolución a nivel constitucional.

1.3.6.1 LAS CONSTITUCIONES.

Se hará un análisis constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa, desde las Constituciones de la República Federal de Centro-América, de la cual formó parte El Salvador.

Cabe señalar que son tres los momentos en los cuales existió una unión política y administrativa entre todas o algunas de las naciones de Centro América, reflejados en la existencia de ordenamientos jurídicos Constitucionales rectores de su organización estatal, forma de gobierno y régimen de garantías individuales. Es así, que en 1824, se establece la primera nación centroamericana, al promulgar el 22 de noviembre la Constitución de la República Federal de Centroamérica, integrada por los cinco países que participaron en la gesta independentista de España: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

En este ordenamiento jurídico se establece en el Titulo X, las ‘Garantías de la Libertad Individual”, no existiendo en la redacción del mismo una

referencia directa o expresa a la consagración del derecho de defensa, pero no obstante ello, algunos de sus artículos vagamente se refieren a algunas de las manifestaciones de este derecho o a los principios vinculados con el mismo; es así que los Arts. 153 y 155 disponen lo que en la actualidad se conoce como el Principio de Legalidad, pues establecen que 'Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna, estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinen las leyes' y que "Nadie puede ser preso sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla", por su parte el Art. 164 disponía que los reos tiene derecho a comunicarse con cualquier persona, siempre que no exista orden judicial que lo prohíba, apareciendo entonces el derecho a la comunicación, como manifestación del derecho defensa.

La Segunda Constitución que refleja la unidad política y administrativa a la que nos referimos, fue promulgada en Managua, Nicaragua, el 27 de agosto de 1898, estableciendo la República Federal de "ESTADOS UNIDOS DE CENTRO AMERICA". En este cuerpo legal, al igual que en el anterior, no se regula de forma expresa el derecho de defensa a favor de los habitantes de la República, pero no obstante ello, en el Titulo III "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales", se produce una evolución en cuanto a la consagración de garantías individuales que hace la Constitución de 1824, pues además de regular el Principio de Legalidad (Art. 28 y 29), establece el principio de igualdad ante la ley (Art. 33), de irretroactividad, salvo en materia penal, cuando favorezca al delincuente (Art. 34), el conocido en la actualidad como nebis in idem o prohibición de la persecución penal múltiple (Art. 27), el derecho de petición (Art. 23), y el conocido como Derecho de Audiencia (Art. 27), que como se vera más adelante es el genero, de la especie derecho de defensa, aunado a ello, dispone en su Art. 42 que los derechos señalados no excluyen otros que nazcan del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno que adopta.

Luego de la constitución anterior, es hasta 1921, que se produce un nuevo movimiento integracionista, que lleva a promulgar el 9 de septiembre de ese año, la Constitución Política de la República de Centroamérica por los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras, cuerpo legal que en su Titulo IV “De los Derechos y Garantías”, dispone de forma expresa la vigencia del derecho de defensa como garantía individual, al decir en su Art. 32 “La Constitución garantiza a los habitantes de la República,.., el derecho de defensa”, estableciendo además en el Art. 50, la prohibición de ser obligado a declarar en contra de sí mismo, su cónyuge, ascendientes, descendientes, ni parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo cual relacionado con el Art. 52 que dispone la declaración indagatoria, deja entrever el aspecto Material del derecho de defensa, pues al tenerse que interrogar al imputado dentro del período de cuarenta y ocho horas de su detención, sin poder obligarlo a declarar en contra de si mismo, no se deduce otra cosa que tal diligencia funciona en el sentido de promover el ejercicio del derecho de defensa material por parte del imputado.

Una vez analizadas las Constituciones de carácter regional o federal que a lo largo de la historia han estado vigentes en El Salvador, es necesario abordar la regulación Constitucional propia de este país, al respecto debe señalarse que han existido a lo largo de su vida independiente 14 Constituciones: 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y 1983 Tan abundante material Constitucional, ha oscilado de lo conservador a lo liberal, según el vaivén político imperante al momento de su promulgación, es por ello que algunas reconocen una gran amplitud de derechos individuales a los habitantes de la República, mientras otras reducen ese catalogo a los derechos más fundamentales.

Desde esa perspectiva, la Constitución de 1824 es bastante escueta, al establecer derechos y garantías para los habitantes de la República, pues carece de un apartado para desarrollar los mismos y además sólo en su Art. 62,

hace referencia a lo que se podría llamar garantías, al establecer que “Ningún Salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual deba ser castigado; y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordene la prisión”, tal formulación de la norma fundamental, refleja lo que podría considerarse como una incipiente regulación del Principio de Legalidad del Procedimiento y de la Pena.

Por su parte, la Constitución de 1841 de corte liberal, regula de forma pormenorizada los derechos y garantías que reconoce, pues su Titulo 16 “Declaración de los Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo y de los Salvadoreños en particular”, se refiere a ellos, es así que en primer lugar algunas de las Constituciones señaladas, fueron concebidas para darle vigencia a Constituciones ya derogadas y reformarlas para adaptarlas a las nuevas realidades del país, es así que la Constitución de 1872 es una reforma de la de 1871; la de 1944 establece reformas a la de 1939; y la de 1945 le da vigencia a la de 1886 con algunas reformas, la Constitución de 1824, promulgada el 12 de junio de ese año reconoce en su Art. 68 que el derecho a conservar y defender la vida y la libertad, por parte de los ciudadanos es innegable; agregando que “Ninguna persona puede ser privada de... su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo á las formulas que establecen las leyes” (Art. 74) disposición que se refiere al Derecho General de Audiencia y como consecuencia en causas criminales, al Derecho de Defensa; pero no le basto al legislador constituyente de esa época, hacer esa declaración, sino que en el Art. 87 reguló el derecho a abstenerse a declarar, a la contradicción y aportación de prueba de descargo, y a la defensa material y técnica, al estipular que “Ningún ciudadano ó habitante podrá ser llevado á dar testimonio en materias criminales contra sí mismo ni contra sus parientes del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y en todo proceso criminal tendrá el derecho de producir cuantas pruebas le sean favorables, de ser careado con los testigos cuando lo pida, y de hacer su defensa por sí mismo, ó por medio de su

abogado, ó defensor"; y aún más, regula al igual que la anterior, el Principio de Legalidad (Art. 80).

En idénticos términos se refieren las Constituciones de 1864 y 1871 a los derechos antes señalados (Arts. 77, 86, y 92), pero agrega la primera una declaración concordante con la teoría del Derecho Natural imperante en la época, al establecer en su Art. 76 que "El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas", disposición reproducida en el Art. 98 de la Constitución de 1871, la cual reconoce también el derecho de petición Art. 107 y el derecho de solicitar ante el Tribunal que corresponda el auto de exhibición de su persona Art. 115.

1.4 DEVENIR HISTORICO DEL SISTEMA DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES.

En el proceso penal la práctica de la prueba va encaminada a determinar la culpabilidad del imputado y su condena, en el caso en que quede acreditada su participación en los hechos constitutivos del delito enjuiciado, o bien su absolución, cuando no quede acreditada dicha participación. Para ello es necesario que el Juzgador haga una valoración de la prueba practicada, así como los mecanismos mediante los cuales fue obtenida, ya que estas deben de reunir las garantías procesales necesarias.

A lo largo de la historia se han marcado diferentes tendencias respecto al tema de la prueba penal, la mayoría de sus rasgos han respondido a los sistemas penales imperantes, y ha evolucionado al mismo ritmo que estos últimos.

1.4.1 GENERALIDADES

En todas las civilizaciones incluso en las menos adelantadas, existían ya ciertas nociones respecto de la prueba, que son los medios que tienen el acusador y el acusado para convencer al juez y a la vez darle los motivos a este para fundar la sentencia.

En todo tipo de prueba se ve la idea de la verdad formal y la verdad material, en la primera idea se tiene por verdadera una demostración que solo se apoya en motivos de forma; en el segundo el juez debe basar su convicción en los medios mas seguros para llegar a la verdad.

1.4.2 LA LEY GRIEGA, Y LA PRUEBA TESTIMONIAL

Entre los antiguos griegos, encontramos, por primera vez en la historia occidental, la transición de un sistema legal arcaico y comunal a otro mucho más complejo en donde el problema de la prueba y la distinción entre hombre libre y esclavo son particularmente relevantes.

En los primitivos conflictos legales se hacia poco uso de las pruebas y el delito no era visto como nada diferente del agravio personal; el resultado final de estos conflictos dependía de la posición social de los litigantes y de la opinión de los miembros más importantes de la comunidad.

En el siglo V a.C., en el marco de las ciudades-estado, "la ley" ya no es el resultado de un conjunto de enemistades o agravios personales. Los hombres van reconociendo paulatinamente que puede ser útil no regirse ya por este sistema, que hay que independizar la ley de criterios excesivamente personales, y que por tanto, hay que escribir la ley, establecer criterios claros de juicio, y favorecer que, en caso de desacuerdo, se presenten testimonios que declaren sobre los hechos. De esta manera, todos -los ciudadanos libres, por supuesto- se someten a la objetividad. Los ciudadanos, puesto que son

hombres libres con dignidad y honor, en caso de conflicto, declaran, pero no pueden ser sometidos a tortura.

La importancia del honor de un ciudadano dividía las pruebas en "pruebas naturales", que se obtenían fácilmente de la palabra del ciudadano, y "pruebas forzadas", que se conseguían de los que no tenían ningún status de honor o de ciudadanía discernible: los extranjeros, los esclavos, los que tenían ocupaciones vergonzosas o aquellos cuya deshonra era reconocida públicamente. (Los esclavos pueden ser torturados porque no tienen honor ni dignidad y, en consecuencia, no están supeditados por el deshonor en que incurre un ciudadano si comete perjurio. La fiabilidad de la palabra de un esclavo no proviene del honor y dignidad de éste -que no tiene-, sino de la reacción animal que el tormento despierta en él).

1.4.3 LA LEY ROMANA.

Las disposiciones de la ley romana acerca de la prueba en materia criminal demuestran que el sistema de procedimiento seguido en el tiempo de la Republica no existían ningún tipo de reglas especiales. Es esta época el pueblo reunido en comicios por centurias o por tribus era el que fallaba, y desde entonces no era posible una apreciación jurídica de las pruebas. Los jueces populares (*judices de las cuestiones perpetue*) seguían su sola convicción, y dado que no tenían cuentas que entregar podían prestar oídos a la voz de la compasión y de las influencias de tipo político. Pronto se pudieron hacer practicas ciertas formulas en las que conciernen al interrogatorio de los testigos, y a la fuerza probatoria de los documentos, pero aun se aceptaba el resultado de los tormentos como prueba formal. Pero en definitiva las leyes establecieron algunas prescripciones referentes a la materia cuando determinaban que personas estaban excluidas y que otras se admitían a dar testimonio acerca de

tal o cual delito. Durante el imperio cae en desuso los antiguos tribunales populares ; sin embargo, no se ve aun funcionar un sistema de pruebas legales tal como hoy se entendería, que precise al juez a mirar como demostrado, por ejemplo todo hecho probado por al menos dos testigos. Pero los emperadores insertan en sus constituciones algunas reglas sobre la prueba: ya sea rechazando el testimonio de algunas personas o por ejemplo declarando que el dicho de un solo testigo, no podía ser suficiente para producir la convicción. Ya en los últimos tiempos del imperio se habían formado en la práctica judicial ciertas ideas referentes a los medios de prueba, que debían introducirse en el proceso para que la prueba se refutare perfecta aunque en la legislación romana no existe todo un sistema de reglas absolutas y detalladas. Los jurisconsultos se contentaron simplemente con prescribir algunas indicaciones y no en fundar teorías especiales sobre la prueba.

Los más antiguos antecedentes históricos del Derecho moderno occidental se hallan sin duda en el Derecho griego y, esencialmente, en el romano. Es evidente que en estas culturas jurídicas se encuentran las fuentes forenses más relevantes (sobre todo en el Derecho romano) que han inspirado y dado luz a las nuestras; el desarrollo jurídico positivo y doctrinal del Derecho procesal no fue una excepción y dentro de él lo referido a las normas sobre la prueba, que si bien no presentan un desarrollo sistemático, contienen valiosas normas, que sirvieron de sustrato a los ordenamientos occidentales.

En esta línea se puede afirmar que tanto en Grecia y Roma se “idearon procedimientos bastantes acusatorios, fundados en los principios de publicidad, oralidad e inmediatez y *consecuentemente con ellos, imperó la libertad de apreciación de las pruebas por parte de los órganos jurisdiccionales*, que en sus versiones más clásicas se organizaron como jurados. En Grecia, en su forma más tradicional y representativa se denominaron Dicasterios y en Roma

Comicios Centuriados o Comicios de Tribus (suerte de asambleas populares) y los Tribunales por Jurados, *Judices quaestiones perpetuae*. “[13]

Sin embargo, con el advenimiento de la época imperial romana, se comienzan a conocer las primeras limitaciones probatorias que vienen a cercenar la libertad que poseían los órganos jurisdiccionales. Especialmente claro es este proceso en materia de prueba de testigos en que aparece con nitidez el aforismo de que un sólo testigo es ningún testigo: *unus testis nullus testis,* regla que también se halla consagrada en las Sagradas Escrituras y que pervivirá durante muchos siglos. En efecto, el propio MONTESQUIEU sentenció *"Las leyes que condenen a un hombre por la declaración de un sólo testigo, son funestas para la libertad"*. Aún más, hasta nuestros días, hay legislaciones que la contienen.

Por otra parte estaban las normas de inhabilidad de testigos denominados *improbi y de otras inhabilidades referidas a razones de parentesco o interés* contenidas en el Digesto (Tomo II, Título V, 4,5,6, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24)-; y que las encontramos también en el Nuevo Testamento.

En esta época no importaba la forma en que era prestado el testimonio, sino más bien el status político-social de quien prestaba el testimonio, pues no se podía refutar lo dicho por un ciudadano con lo dicho por un esclavo. No obstante esto existían circunstancias que hacían valedero ocultar a un testigo, en razón del delito que se perseguía y claro esta al sujeto que se acusaba, valido por la inexistencia de reglas procedimentales y mucho menos de garantías procesales mínimas.

En casos en que no se contaba con ningún testimonio, era más fácil para el magistrado romano recurrir a otro mecanismo como la tortura, cuestión que

[13] Del Rio Ferreti Marcos, “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad”

no podía ser refutada por el defensor (advocatis), que perder tiempo en la recolección de elementos de prueba.

1.4.4 LA EDAD MEDIA.

Como tendencias al sistema de verdad formal se observa la fe que se les tenían a las ordalías (juicios de Dios), a los conjuradores, existía una creencia en el pueblo: “que la voz de Dios concluye por descubrir la verdad y ayudar a la buena causa”.

Posteriormente aparece un precoz delante de los espíritus en sentido político y en las opiniones liberales, en el cual los ciudadanos quieren proteger sus intereses comunes de los atentados del poder; el pueblo le confía las decisiones a un simple particular que es elegido especialmente para la causa que es un juez de hecho y no un magistrado. Pero desde que el magistrado es también un juez de hecho, el legislador erige las reglas de apreciación de la pruebas ciertos principios consagrados por la experiencia usual; a circunscribir dentro de ciertos limites la libertad del fallo del magistrado; a no permitir por ejemplo la condena, si no hay mas de un testigo de cargo.

No obstante, es la Edad Media, la época en que a propósito de la fusión de la cultura jurídica romana - influenciado por el Derecho germánico - y el Derecho canónico, se genera y sistematiza lo que denominamos sistema de prueba legal o tasada. Ello coincide lógicamente con el proceso de instauración del sistema inquisitivo. Lo cierto es que originalmente el Derecho canónico utilizaba la acusación privada como forma de excitación de la persecución criminal, no obstante el principio acusatorio se fue abandonando progresivamente hasta que a fines del siglo XII y principios del XIII, bajo el pontificado del Inocencio III, se consagró definitivamente el principio inquisitivo.

Este sistema inquisitivo supuso la consagración definitiva del sistema de prueba legal, creación que tuvo su origen en la influencia del Derecho canónico desde la perspectiva jurídica, y de la escolástica desde el filosófico. El sistema inquisitivo nace inspirado en dos ideas primordiales. *Por una parte, la necesidad de combatir aquí en la tierra, mediante el Derecho, el mal o la maldad humana y en segundo lugar, y consecuentemente con ello, pretende descubrir la verdad, siempre, respecto de todo hecho delictual, pues el delito representa el pecado social que incumbe a todos; y a la colectividad perseguir (oficialidad) y para ello se debe dotar al encargado de cumplir estas labores (juez inquisidor) de importantes poderes.*

Es la influencia del Derecho romano, canónico y especialmente de la escolástica, que hace al sistema inquisitivo tender hacia la indagación de la verdad material. Esto queda de manifiesto en los casi ilimitados poderes de investigación de los jueces inquisidores en los cuerpos legales más representativos de este sistema (La Constitutio Criminalis Carolina, Las Partidas o la Novísima Recopilación). Y también explica el lugar privilegiado que le cupo a la confesión (bajo tortura) como medio de prueba en este sistema. A este medio se le denominó la reina de las pruebas, en cuanto aseguraba la posibilidad de investigar una serie de delitos que por su naturaleza constituían delitos de difícil indagación.

Sin embargo, existía en este medio una suerte de contradicción esencial, porque si bien pretendía la búsqueda de la verdad, su propio mecanismo suponía la fórmula que se contrapone a si misma y que se traduce en la negación de la libertad de decir lo que se quiere, pues la tortura conseguía arrancar una declaración que permitiera hacer cesar el dolor de los tormentos más que una declaración verdadera. Este procedimiento podía perfectamente conseguir una declaración de un imputado débil, pero inocente o a la inversa no obtener la declaración del hombre voluntarioso pero culpable.

Una segunda razón en la impotencia del sistema para la búsqueda de la verdad viene dada por la imposición al juez del sistema de valoración tasada rigurosamente formalista del que no se puede apartar llegado el momento de sentenciar. Esto, no obstante, opera como el único modo posible de limitar sus notables poderes.

Respecto a los testigo anónimos, en esta época resultaba inútil para el juzgador ocultar al testigo, el proceso era eminentemente formal y no se requería para darle valor probatorio ninguna formula especial, sino el solo dicho del testigo. En caso que el testigo tuviera temor como resultado de amenazas a él o a su familia, prefería en todo caso no testifica y resultaba en que su testimonio nunca era prestado.

En resumen lo que sucede es que el legislador, en el momento culmine de la labor jurisdiccional, sustituye al juez en la apreciación del mérito del proceso, y se impone una valoración anticipada y abstracta del legislador. Se podría afirmar que en realidad *no se valoran casos sino más bien se valoran hipótesis.*

En definitiva el contrasentido consiste en que el sistema inquisitivo y de la prueba legal y tasada nace para la búsqueda de la verdad material y se tiene que terminar por conformar con una verdad formalista e hipotética.

1.4.5 LA PRUEBA LEGAL

No obstante y tal vez por la razón indicada anteriormente es que la doctrina ideó un sistema de prueba que cumpliera con el objetivo de servir de límite a los importantes poderes del juez y a su vez impidiera las eventuales injusticias, a que pudiera llevar el sistema legal en su versión más extrema (positivo). A este sistema se le denominó prueba legal negativa. Consiste en que la ley si bien impone los medios de prueba por los cuales se pueden probar

los hechos en el proceso y su peso, exige además la convicción personal para poder condenar. De este modo se impide que producto del excesivo formalismo apriorístico y abstracto del sistema legal positivo llegue incluso afectar el principio de inocencia a través de una condenación injusta.

Esta teoría tuvo sus principales partidarios en FILANGIERI, ROMANOGSI y el propio CARMINAGNI y sus primeras consagraciones legislativas están presentes en la Ordenanza de Procedimiento Penal Austríaca de 1803 y en el Código de procedimiento Penal de la República Cisalpina.

Según lo que hemos dicho, podemos afirmar que el sistema de la teoría legal o tasada pervivirá, desde su generación, durante todo lo que resta de edad media en su versión positiva y con posterioridad en su versión negativa, más acorde con las nuevas concepciones políticas y jurídicas que surgen a partir del siglo XVIII.

Sin embargo con el advenimiento de la época moderna y más precisamente con el movimiento revolucionario Francés, se comienza a cuestionar fuertemente la forma de hacer justicia en materia criminal.

1.4.6 LA LIBERTAD PROBATORIA, EVOLUCIÓN

En efecto, desde esta época en adelante (la de la revolución francesa), se comienza a luchar por un sistema que se adecuara mejor al nuevo modelo político que se pretendía imponer. Un sistema cuyo sustento son las ideas de la igualdad, la libertad política y el reconocimiento de ciertos derechos individuales, lo que se traduce en la concepción del nuevo régimen político republicano. Esto último suponía una nueva forma de hacer justicia conforme al principio de soberanía popular también manifestada en la función jurisdiccional. El mecanismo para ello será concebir un juicio criminal donde prive la publicidad, la oralidad, también en un principio la participación ciudadana en la

administración de justicia (se conciben algunas formas de jurado, pero luego se impone en Europa continental la idea de jueces profesionales) y consecuentemente la libertad de convencimiento.

Sobre el sistema de libertad probatoria, nos atenemos a lo expuesto por diversos autores, en el sentido que no se entendió siempre como lo concebimos ahora. Inicialmente, sin duda por el fuerte influjo del ejemplo anglosajón y tal vez del romano clásico, se trató de idear un sistema de íntima convicción más propio de un jurado, en tanto el juzgador no se hallaba en la necesidad de motivar su decisión; se concebía en realidad como un acto de conciencia interna o de pura voluntad y como tal, imposible de justificar. En esta línea resulta especialmente claro lo que dispuso el Decreto de 1791 que crea el jurado en Francia, que instaba a estos en los siguientes términos: *"la ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismo en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: "tendreís por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no considerareís suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios"; la ley hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?".*

Este sistema como bien hemos dicho no suponía una motivación del fallo, sino más bien se apoyaba en la idea de la impresión total que se forma el jurado a partir de lo debatido en el juicio oral.

Dicho concepto tuvo sus influencias en Europa continental, especialmente en Alemania y España. En la primera se debatió fuertemente el tema siempre ligado a la necesidad de crear tribunales compuestos por jurado, lo que se produjo a mediados del siglo XIX.

En España, también se tomó el modelo del jurado y de la íntima convicción (entendida a la manera francesa), pero el jurado duró poco tiempo, permaneciendo, eso sí, y curiosamente, la idea de íntima convicción con prescindencia de fundamentar la sentencia, situación que se perpetúa durante mucho tiempo, llegando incluso hasta finales de la década del 70 del siglo XX. De esta época es famosa una sentencia del año 1978, que establece lo siguiente: "*el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial*". [14]

Resultado de las ideas de la Revolución Francesa y la Codificación Napoleónica, se idearon para todos los procesos en general, reglas procedimentales de obtención de la prueba y valoración de la misma. Esto posibilito en cierto grado un control más garantista de la forma en que era aportada la prueba al proceso, y refutar en caso necesario la validez o no dicho elemento.

Con respecto a la prueba, debemos recalcar que la naturaleza de algunos delitos hacia de imperiosa necesidad de hacer excepciones a las reglas generales, esto posibilito que algunas circunstancias especiales por temor de los testigos, sus declaraciones fueran escritas o simplemente solo fueran escuchadas por el jurado.

[14] MITTERMAIER, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929, p. 72

1.4.7 EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN (Y APORTACIÓN DE PARTE)

Para poder discernir el modo como se ha configurado este sistema, nos referiremos a qué elementos o criterios comprende y cuál es el contenido de cada uno de ellos, pues éstos son justamente su nota distintiva.

En efecto, el sistema de libre convicción, entendido modernamente, supone la coexistencia de ciertos criterios que permiten asegurar, al mismo tiempo, libertad, garantía y racionalidad en la actividad de incorporación, acreditación de hechos y valoración de la prueba.

Lo anterior se puede plantear ontológicamente y desde la perspectiva de la actividad probatoria, del siguiente modo: la incorporación de los hechos y la información que corresponde al objeto de prueba o *thema probandum* (la aportación de parte); la adquisición de la información que tiene que ver con la libertad de prueba; y la estructuración del relato que se vincula con la valoración de la prueba.[15]

Es así, que tenemos en lo que se refiere a la determinación del objeto de prueba, aunque en estricto rigor no se halle comprendido necesariamente dentro del sistema de libre convicción, al principio de aportación de parte parece ser su natural inspirador, reconociendo, eso sí, como natural contrapeso la existencia de ciertos criterios de objetivación, en especial atención al interés colectivo que implica el proceso penal.

Ello viene a ser la forma de vigencia que adopta el principio inquisitivo como investigación oficial de la verdad de los hechos. Esta es la posición de los profesores MAIER, WALTER, BOFILL, entre otros y con algunos matices.

Dicho de otro modo, corresponde a las partes la introducción de los hechos y sobre ellas también debe recaer la carga de probar o mejor dicho la función de probar, pues se parte del supuesto que ello se da dentro de la idea

[15] CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal,Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 49 y ss, 58 y ss

del sistema y principio acusatorio. No obstante, justificados por el claro interés colectivo que siempre implica un juicio criminal y de algún modo por la existencia, aún, dentro de los sistemas acusatorios formales, del principio inquisitivo de la investigación oficial de la verdad, se plantea la existencia y necesidad de ciertos mecanismos de objetivación de la actividad subjetiva.

Lo anterior cobra un importante significado para el sistema salvadoreño, pues el Código Procesal Penal, contempla a nuestro juicio, varios mecanismos que podríamos denominar de objetivación de la verdad (reconocemos eso sí que la regla general es que son las partes las que tienen la iniciativa en la búsqueda de la verdad y su prueba, de modo que hay una cierta "verdad subjetiva objetivable").

Los mecanismos de objetivación que observamos en la legislación son los siguientes: la prueba anticipada, la potestad del tribunal de ordenar pruebas en la misma audiencia, la potestad del juez de garantía de ordenar ciertas diligencias de investigación una vez agotada ésta por el fiscal, la facultad de las partes de incorporar algunas actuaciones de la instrucción mediante la comparación de éstas con las declaraciones que presten los testigos y peritos en la audiencia, la potestad del tribunal de dirigir preguntas a los testigos y peritos.

1.5 APARICIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

Los derechos del acusado normalmente incluyen el de enfrentar o carearse con sus acusadores frente al tribunal. Esto significa que los testigos comparecen personalmente y están disponibles para un interrogatorio por ambas partes. Este puede ser un procedimiento totalmente público. En países con un historial de conflictos violentos o con serios problemas relacionados con

el crimen organizado, algunos testigos pueden tener miedo de declarar. Pueden tener miedo de ser asesinados o de algún otro acto violento en su contra o de sus familias. Los testigos en estas condiciones requieren protección. La capacidad de los distintos sistemas legales para brindarla difiere considerablemente. En Canadá, por ejemplo, la identidad de los testigos puede ser protegida en algunos casos. En los Estados Unidos, el sistema de protección de testigos incluye su reubicación y cambios de identidad. Otros sistemas pueden ofrecerles a los testigos protección armada durante el juicio. En los países que cuentan con menos recursos o una débil administración de justicia, la protección de testigos puede ser difícil. [16]

Fue en este sistema de libre valoración de la prueba y de un máximo desarrollo de las garantías individuales que se origino un régimen especial de protección a testigos en el Sistema de justicia Estadounidense, respondiendo a un interés meramente de política criminal.

En este régimen, muy efectivo para aquellos delitos en donde incidía grandemente la peligrosidad de los imputados y la relación que tenían estos con el crimen organizado o actos de corrupción en las declaraciones de testigos claves que se negaban a declarar, se ha convertido en un arma que ha llevado hasta niveles muy bajos los índices de criminalidad.

Esto no ha significado en ningún momento, que la protección de testigos se haya convertido de manera automática en la utilización de los testigos anónimos.

Para el sistema anglosajón no existe razón alguna por la cual ocultar la identidad del testigo, mas bien se deben procurar todos los medios necesarios a ambas partes intervinientes en un proceso en un plano de igualdad; el sistema de protección ha concebido como medidas certeras la protección física del testigo durante la tramitación del proceso para que este pueda declarar sin

[16] Sue Nelson, Acusación y Procedimiento Judicial, http://www.aceproject.org

ningún tipo de presiones, y medidas posteriores al proceso para que una vez haya colaborado con la administración de justicia pueda incorporarse normalmente a sus actividades y es ahí donde opera el verdadero régimen de protección posibilitando un cambio de identidad, domicilio y trabajo.

En otros sistemas, en donde la justicia esta plagada aun de deficiencias, y donde las sociedades son aparentemente mas violentas, se han ideado sistemas similares pero no tan efectivos como el estadounidense.

En estos sistemas donde verdaderamente, no existe la capacidad de idear régimen de protección a testigos eficaz, se ha producido una involución al sistema de garantías procesales, con el animo de bajar los índices de criminalidad y a toda costa dar con un culpable de aquellos delitos reprochables para la opinión pública.

En todo supuesto se posibilita como medida ordinaria la reserva de la identidad del testigo, no haremos énfasis aún en las implicaciones que conlleva en las garantías del proceso y en el derecho de defensa.

Es una aparición que ha respondido en la actualidad a la política criminal aparejada a un endurecimiento de penas y una clara injerencia en la independencia judicial.

El primer Estado en proclamar una Ley que instauraba la figura del testigo anónimo fue España, con la Ley Orgánica de Protección de Testigos y peritos de 1994.

Posteriormente a este caso, fueron adhiriéndose a esta figura muchos países de América Latina, escudándose en la contraposición entre la protección de la integridad del testigo como parte fundamental y la necesidad imperiosa de contar con los testimonios en los procesos de alta peligrosidad, crimen organizado y corrupción.

1.5.1 LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SALVADOR: ABANDONO DEL GARANTISMO.

El giro esencial que impulsa esta investigación, fue las adiciones hechas al Código Procesal Penal en el año 2001, estas se realizaron ante un fenómeno social innegable, la violencia extrema que condicionaba la actividad probatoria de la parte acusadora. En ese marco de circunstancias, el proceso penal evoluciono y dio un paso de acercamiento al desfasado proceso inquisitivo, al permitir la resguarda de la identidad de los testigos. Esta circunstancia en particular ya resultaba por si sola un verdadero dolor de cabeza en su aplicación, pues dejaba demasiada libertad a los fiscales y a los jueces para admitir de manera arbitraria, métodos de protección a los testigos que implicaran un menoscabo a la actividad defensiva del imputado.

El propósito de los legisladores no fue nunca el menoscabo del derecho de defensa del imputado, sino la protección integral del mecanismo que permite acceder a la verdad procesal, y este mecanismo en un sistema penal carente de una investigación científica relevante, vino a ser únicamente el testigo. La medida fue aplaudida por los fiscales, criticada por el sector profesional y avalada por el ejecutivo. No obstante, los años posteriores a la adopción de la medida señalada, ha servido par experimentar todo tipo de métodos (unos ingeniosos, otros absurdos, la mayoría copiados de sistemas penales extranjeros), de protección al testigo, siendo el mas aceptado, el resguardo de la identidad de los testigos y la revelación de la identidad.

A un par de meses de la promulgación y acercándonos a la entrada en vigencia de la nueva ley Especial de Protección de testigos y peritos, no se puede decir que ha resultado efectiva, pero es importante señalar que no se espera un cambio sustancial en la situación respecto lo que refiere al testigo anónimo, en la reserva de la identidad de los testigos.

CAPITULO 2

“CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA”

2.1 EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO

En los albores del siglo XXI que nos ha tocado vivir, el hombre ha experimentado grandes avances en los campos de la medicina, la ciencia, las telecomunicaciones; lamentablemente en los años en que el hombre ha llegado a la luna, construye estaciones espaciales permanentes y se exploran otros planetas, se continúa bregando en la mayoría de las naciones por establecer en el proceso penal instituciones cuyos orígenes datan de la Alta Edad Media.

La concepción política populista, en especial de las naciones de América latina ha provocado ideas erróneas sobre las finalidades del proceso penal, de ahí que su evolución sea lenta.

La expresión "debido proceso", además de ser la de mayor uso, tiene amplio, claro y profundo significado. No se trata tan sólo de que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un arquetipo. "Debido" hace referencia a “lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia. La denominación que más se le aproxima es la de proceso justo".[17]

[17] Tijerino Pacheco, Jose Maria. Fiscal General de la Republica de Costa Rica, * Conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia

La literatura jurídica no ha sido unívoca al definir el debido proceso. Se ha definido como “el proceso que es debido, o sea, justo y apropiado”[18], o como “aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado Democrático, las cuales deben, acto seguido, ser reconocidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal”.

Tuvo en su origen un carácter meramente formal, pero la doctrina lo extendió a lo que hoy se conoce como debido proceso constitucional o simplemente debido proceso, el cual exige que el proceso, además de estar regulado por la ley y reservado exclusivamente a la misma, debe ser garantía de una serie de derechos y principios contenidos en el mismo, y que tiendan a proteger a la persona humana frente al silencio, arbitrariedad o error, tanto de los aplicadores del derecho como del propio legislador.[19]

La figura del debido proceso se ha transformado en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma, pues “la garantía procesal más importante es aquella que dice relación con el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial, en el marco de un procedimiento legítimo. Sin debido proceso no hay seguridad jurídica”.[20]

El Derecho procesal penal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional, Definida la jurisdicción en el articulo 172 Cn. como potestad, el ejercicio de ésta se concreta funcionalmente a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo

---

[18]“Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos *debidos* si siguen las formas establecidas del derecho, o si, al adaptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de libertad y de la justicia”. Pritchett, Hermann, citado por Carocca perez, Alex, en *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal,* Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 165.

[19] Monsálvez Müller, Aldo, “El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), p.88 ; Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.146.

[20] ORTIZ QUIROGA, Luis, “Algunas Consideraciones Sobre el Derecho a la Defensa en Chile”, en www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo8.htm. [Sitio visitado el día 12 de agosto de 2006].

juzgado por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley.

El Derecho procesal penal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo como un sistema de garantías, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 12 de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia.

El derecho procesal penal no es un subsistema. Es el sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias. El derecho procesal penal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo. De ahí que también el derecho procesal penal sea el derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias.

El ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el GARANTISMO PROCESAL.

El garantismo procesal supone la conceptuación del proceso de la función jurisdiccional como una realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental y atemporal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora.

2.1.1 PROBLEMAS Y REDEFINICIONES EN EL PROCESO PENAL

Como bien expuso el Dr. Sergio García Ramírez, Juez Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “En la frontera entre dos siglos, un lindero que se relaciona mas con nuestras expectativas que con nuestras realidades, la Justicia Penal atraviesa una etapa de grandes redefiniciones sobre algunos de sus temas fundamentales y tradicionales. A la cabeza figura el papel del sistema penal en el control social –es decir, la misión política de la justicia penal-, con sus amplísimas consecuencias. En cada una de esas redefiniciones queda de manifiesto, con el alcance más radical y profundo, la relación armoniosa o conflictiva entre las libertades y las garantías, por una parte, y las nuevas exigencias –espontáneas o inducidas—de la seguridad y la paz, por la otra. Se ha construido, de esta suerte, un dilema –que muchos calificamos como falso, además de extraordinariamente peligroso—cuya solución gobierna las mayores soluciones penales. Los datos de la agitación autoritaria residen en cierto discurso de la “seguridad ciudadana” y en el proclamado conflicto entre *due process y crime control.* [21]

Agrega el Doctor García Ramírez que “Esta dialéctica ha salido del espacio de los temas nacionales y se ha dispersado sobre el conjunto de relaciones internacionales. La mundializacion, una espada de doble filo, tiene aquí algunas de sus expresiones mas inquietantes: lo mismo en la presentación y proliferación de la delincuencia, ingeniosa o violenta, que en las reacciones preventivas y punitivas que han comenzado a caracterizar, en alguna medida relevante, la emergencia internacional de nuestro tiempo. El impacto de nuevas ideas, experiencias y pretensiones, ha llegado vigorosamente a los ordenamientos nacionales, no se diga a las practicas domesticas, y ha orientado algunas de las decisiones mas impactantes y aleccionadoras en el

[21] García Ramírez, Sergio. “Algunas cuestiones del Proceso Penal”, Ponencia para el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF. 9-14 de febrero del 2004.

plano mundial, como se mira en los casos de la lucha contra el terrorismo –que es una vertiente de la guerra contra el mal- y la suerte corrida, entre numerosos avatares, por la Corte Penal Internacional”[22]

Obviamente, esto se proyecta sobre el conjunto de los trabajos penales: la reformulación de tipos, o mejor dicho la caracterización de algunos hechos como punibles, que en ocasiones queda a la discreción de algún órgano del Estado; la previsión de penas; la reconstrucción del proceso, al que regresan de diversas formas, las zonas del claroscuro que el garantismo creyó haber desechado, y la ejecución real, por contraste con la nominal de las penas y medidas, cuyos rigores mas arraigados siguen poblando el horizonte ejecutivo, sobre todo en la privación penal de la libertad.

“Si recordamos el significado que tienen el sistema penal como traducción elocuente de las convicciones y decisiones políticas y sociales, y el escenario que monta para el choque entre el poder externo del Estado y el desvalimiento completo del ciudadano, quedara de manifiesto la relevancia de estos acontecimientos y potencial o actual significado para las vidas comunes y corrientes, es decir, para nuestras propias vidas”[23]

2.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

En palabras del Dr. Antonio Maria Lorca Navarrete “El proceso como sistema de garantías supone otorgar al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora”, respecto de éste [y no otro] concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo de las leyes de enjuiciamiento.

[22] García Ramírez, Sergio. Opus Cit.
[23] García Ramírez Sergio, Opus Cit.

La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad –principio de proporcionalidad- entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado"[24].

Las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal), se hallan particularmente aseguradas en su aplicación en nuestra Constitución, a través de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Pero, el camino que evidencia la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional –la metodología- tiende hacia la atomización a través de la técnica adjetiva del procedimiento.

Y así, mientras que las garantías del debido proceso sustantivo de la función jurisdiccional –sustentadas en el método constitucional- son esencialmente uniformes, no ocurre lo mismo con las técnicas adjetivas que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento.

Por ello, los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo-constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera responde al esquema de las garantías constitucionales "de aquí y ahora" de un servicio público de la justicia, en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedimental.

---

[24] Lorca Navarrete, Antonio Maria, "Manifiesto a favor del Proceso como Sistema de Garantías", en www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo8.htm. [Sitio visitado el día 2 de agosto de 2006].

No obstante, las garantías de lo que, en la actualidad, se denomina función jurisdiccional [juzgar y hacer ejecutar lo juzgado] no han sido, históricamente, siempre las mismas.

Lo cierto es que los diversos sujetos que deseaban alcanzar un enjuiciamiento en justicia –debe tenerse en cuenta que las dos leyes procesales civiles y penales actualmente vigentes en nuestro país utilizan el término enjuiciamiento-, no siempre se situaron ante unas estructuras procesales uniformes y razonablemente justa.

La garantía procesal posee también una conceptuación funcional. El proceso es garantía, en tanto en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

Esa funcionalidad se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

La crítica temporalidad de la sustantividad procesal se justifica en la aplicación del compromiso constitucional. La sustantividad crítica y temporal del proceso se vincula con las garantías procesales que la vigente Constitución ampara y establece (garantismo constitucional de la norma procesal).

En tal sentido, el proceso es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que aquel [el proceso] pueda amparar los derechos de todos los ciudadanos.

La garantía procesal en su vertiente funcional se justifica porque se ampara en base a la existencia de la tutela judicial efectiva. Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

En la medida en que el proceso es compromiso [constitucional] de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos] se proyecta, en su sustantividad, autónomamente.

No interesa tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel [el proceso] sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma.

El proceso es funcionalmente autónomo en su sustantividad. Sus criterios funcionales de actuación son ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de actuarlos. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación] ese carácter ordinario o común sería inconstitucional o contrario a la Constitución.

En su vertiente de legalidad ordinaria, el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide además ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende de la “efectividad” que la norma constitucional reclama.

La “efectividad constitucional” es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. La funcionalidad autónoma del proceso justificada en criterios ordinarios o comunes que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad sustantiva que es garantía de jurisdiccionalidad, y también en una funcionalidad formal que es garantía a su vez de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad.

2.1.3 EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO O AUTORIDAD ESTATAL

En términos generales, el Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

En este sentido ha señalado: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

2.1.4 CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO

La doctrina advierte de la complejidad de la institución tratada para ser definida, por razones como aquella de que se trata de una institución de origen y desarrollo anglosajón, consecuencia de la constante aplicación e interpretación de parte de la jurisprudencia y la doctrina, en especial de los E.U.A. (Due Process of Law), entre cuyas características no está precisamente las de ser definitorias. Por eso Esparza Leibar afirma que a pesar de su larga vigencia, su

constante estudio y aplicación, “se ha resistido a una definición en el sentido al que estamos acostumbrados en los ordenamientos continentales”[25].

El Costarricense Mario Houed, dentro del criterio del Derecho Penal define al debido proceso de ley, “como el proceso en el cual no se prive a ningún individuo de la tutela de sus derechos fundamentales, que concluya en el dictado de una sentencia fundada en el fiel cumplimiento de los principios supremos inherente a un Estado de Derecho”[26].

La Constitución Dominicana, por su parte, lo considera como el proceso que es realizado en observancia a los procedimientos legales y culmina en una sentencia resultante de un juicio imparcial, garantizando el derecho de la defensa (Art. 8-2-J), sobre los derechos individuales y sociales que consagra).

Las ideas esenciales en cuanto a definir el verdadero proceso de ley, aparecen en otras definiciones legales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 10), Pacto Internacional Sobre los Derechos Civiles y Políticos (Art. 14), Convención Europea de los Derechos Humanos (Art. 6-1), Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Art. 8- 1), Constitución de E.U.A. (Enm. VI, XIV), para citar algunos entre otros; pero en todas, tres ideas o conceptos son comunes: imparcialidad e independencia del tribunal, garantía de los derechos fundamentales y condena justa, y si buscamos otros convenios internacionales y las constituciones políticas de diferentes Estados, veremos que esas ideas o conceptos son comunes, y ya a veces de forma expresa, a veces tácita, pernean y subyacen al concepto de lo que es el debido proceso de ley.

Entonces, existe un consenso en cuanto al contenido que debe definir el concepto del debido proceso de ley: la garantía o el equilibrio entre la libertad

---

[25] Esparza Leibar, Iñaki. “El Principio del Proceso Debido”, pág. 72. Editora Bosch. Barcelona, España. 1995.

[26] Houed Mario, Sánchez Cecilia, Fallas David. “Proceso Penal y Derechos Fundamentales”, pág. 29. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 1998.

individual y las imposiciones de la autoridad, resolviendo los conflictos entre los individuos por medio de los procedimientos legales.

No se puede, por otra parte, ignorar que se trata de una definición moldeada (hic et nunc), esto es, influenciada de los elementos jurídicos, políticos, sociológicos, éticos, morales, etc., que confluyen en un tiempo y en un espacio determinado. De ahí que el elemento definitorio de este concepto debe estar dotado de flexibilidad, que es lo que ha permitido su supervivencia y progresiva expansión. Pero aún así, dentro de las categorías de tiempo y espacio, subyace la idea de armonía de los intereses Individuo-Estado-Individuo, a fin de un ideal de justicia que satisfaga el interés individual y social. Así, en un doble sentido, el debido proceso, en primer término, como derecho subjetivo, significa el derecho de todo individuo frente a otro individuo de no ser privado de ningún derecho sino mediante un proceso donde se le permita o garantice su defensa y un juicio justo. Y al mismo tiempo significa que el Estado no puede limitar o privar, ni de cualquier modo violar, desconocer o atentar de manera arbitraria contra los derechos fundamentales inherentes a todo individuo en razón de su naturaleza humana, los cuales pueden resultar ya sea de los Principios General, ya de la Constitución, o de una Convención Internacional. Por eso nadie puede ser condenado a una pena, o declarado deudor, sino después de un proceso justo, ni los poderes públicos pueden dictar leyes, decretos o actos que atenten contra los derechos, libertades y garantías de los individuos.

El debido proceso, es, pues, un derecho subjetivo que implica el ejercicio de la función jurisdiccional. En ese sentido importa retener la noción, a los fines de dar una definición que debe ser enfocada conforme a quienes consideramos como los más autorizados en la materia: la jurisprudencia y doctrina norteamericanas, que lo enfocan desde una óptica restrictiva por un lado, y desde otra ampliativa por el otro.

Conforme al criterio restrictivo, la observación del debido proceso de ley sólo procede cuando la sanción o condena derivada, consiste en un atentado al derecho a la vida, la libertad o la propiedad. Este es el criterio del Tribunal o Corte suprema de E.U.A. (Sentencias: Board o Regents Vs. Roth 1972, y US Labor Party Vs. Oremus 1980). Por el contrario, de acuerdo al criterio ampliativo, se propone interpretar los términos vida, libertad y propiedad en su acepción más genérica, esto es, abarcando todos los intereses y garantías individuales.

Particularmente, asumimos una actitud crítica frente a la posición de la Jurisprudencia Norteamericana, o sistema restrictivo. El debido proceso de ley no viene definido ni dado en función de los derechos y libertades que protege. Es un valor del sistema y del ordenamiento jurídico destinado a garantizar el ejercicio efectivo de todo derecho individual, en su concepto más extenso, frente a todo aquel, y frente a todo acto susceptible de vulnerarlo, sea por el acto de un particular o por parte del Estado, por lo que la teoría ampliativa es la que mejor define en este aspecto el debido proceso.

Siguiendo nuestra actitud crítica veremos como nuestra definición se aparta de muchas de las que del debido proceso son dadas, cuyas deficiencias como definición resultan a consecuencia de lo que nosotros denominaremos “la noción del concepto restrictivo del debido proceso”, pues generalmente enfocan el mismo hacia los derechos del acusado y/o demandado, sujeto pasivo en el proceso penal, obviando al demandante y otros procesos, cuando la realidad es que a ambos sujetos, activo y pasivo, con motivo de un proceso cualquiera, no solo penal, pueden vulnerarse sus derechos. Por eso preferimos el término justiciables, y aquel de libertades y derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento, y no por la ley, porque los derechos, en especial, aquellos considerados como tales, no solo no resultan de la ley que cuando los recoge simplemente los enuncia y no los crea, sino que se trata de valores jurídicos inherentes al individuo en razón de su naturaleza humana, de donde resultan

ante todo, y son valores normativos supremos y universales, que constituyen los principios generales del derecho que subyacen y pernean de modo común, todo sistema u ordenamiento jurídico, no importa el lugar, la realidad sociopolítica, el régimen político, la ideología y sistema de gobierno imperante, ni el momento histórico, puesto que transcienden toda categoría existencia de tiempo y espacio con sus circunstancias actuales de existencia.

El debido proceso, es una norma de *ius cogens,* que ha recibido la aceptación y el reconocimiento de la comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como *norma que no admite acuerdo en contrario.*[27]

2.1.5 RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Expone García Ramírez que "El debido proceso es un elemento del acceso a la Justicia, aunque esta no se resuma obviamente en aquel: justicia formal y material: condición para esgrimir el derecho y obtener su reconocimiento. Ha evolucionado y se ha instalado en las constituciones políticas y en los ordenamientos internacionales, con una misma intención garantista. Es el escudo contra el árbitro, el cauce para la procuración de la verdad, el espacio de las pretensiones y las actuaciones, la frontera de las decisiones jurisdiccionales. Todo ellos sirve a una misma intención garantista:

[27] Monsálvez Müller, Aldo, "El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional", en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), El artículo 53 de la Convención de Viena de 1963 sobre Derecho de los Tratados señala: "**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("lus cogens")**. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

en rigor, el debido proceso incorpora y caracteriza el garantismo en el ámbito del enjuiciamiento"[28]

"El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional."[29]

En cuanto a su naturaleza, constituye uno de los llamados principios generales del derecho, con vocación universal, subyacente a todo ordenamiento jurídico particular y general, constituyendo, dentro de los mismos, un valor supremo en la escala de los valores normativos o fuentes que implica las siguientes consecuencias:

a) Su observación o aplicación procede siempre, aún cuando no sea formulado por ninguna norma legislativa, constitucional, ordinaria o tratado internacional, porque subyace y permea todo el ordenamiento jurídico general y particular.

b) Tiene una vocación universal, es común a todo ordenamiento y sistema jurídico sin excepción.

c) Es trascendente en el tiempo y el espacio, por aplicarse a todo individuo en cualquier época o lugar donde se encuentre.

Un ejemplo de lo que acabamos de afirmar lo confirma uno de los elementos que conforman su contenido: la imparcialidad del juez o de la justicia, que no tiene que resultar de ninguna disposición o norma, puesto que es una cualidad o valor inherente a la justicia como virtud o como valor que es ella también, y a la función del juez, que de no ser así, ambas quedan totalmente desnaturalizadas para perder su esencia.

---

[28] García Ramírez Sergio, Opus Cit.
[29] Vázquez Domingo, "El Debido Proceso", Editorial Jurídica Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2002

2.1.6 NOCIÓN RESTRICTIVA DEL DEBIDO PROCESO

Domingo Vásquez, Magistrado de la Republica dominicana, expone: “Denominamos como noción restrictiva del concepto del debido proceso a una situación que se ha dado a través de su enunciación legislativa, y de su aplicación y desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Nos referimos al hecho de que, cuando se habla del mismo, lo encasillamos y restringimos a la situación del acusado, y por ende, del sujeto pasivo de un proceso penal; se llega a pensar que el principio o derecho al debido proceso es algo que se refiere exclusivamente a las reglas y desarrollo del proceso penal y que es extraño a otros tipos de procesos.

Este fenómeno tiene su explicación. Diversas causas o factores han contribuido a esa apariencia que, de entrada o prima facie, induce a pensar en la exclusividad del derecho del debido proceso, al proceso penal.

Así tenemos:

a) Los valores jurídicos envueltos: Los derechos puestos en juego o en juicio en un proceso penal, muy particularmente del acusado o sujeto pasivo del proceso, son derechos inherentes y esenciales al individuo. Muy susceptibles y frágiles en cuanto a su respeto y garantía, siendo de mayor vulnerabilidad, de fácil y constante violación, como la vida, la libertad, la integridad física, etc. En tanto que los derechos de la parte agraviada, sujeto activo junto al ministerio público, en ocasiones son de carácter pecuniario, como lo son en un proceso civil, comercial, laboral y otros. Eso hace que el principio se aplique con mayor rigor y énfasis, que se manifieste de manera más viva y con su más cruda realidad, en el proceso penal que en los otros procesos, que a su vez influyen en las otras causas que tienden a restringir el concepto.

b) La formulación normativa del principio: La naturaleza de los valores jurídicos envueltos en el proceso penal, en especial los derechos del sujeto pasivo, influye para que en las Constituciones de los diferentes Estados ya

analizadas, den una orientación del principio del Debido Proceso esencialmente enfocada hacia el proceso penal; así mismo, en los diferentes Tratados Internacionales que lo consagran, el principio es enfocado hacia el proceso penal; los mencionados instrumentos normativos, generalmente, a continuación de la formulación del principio, enuncian una serie de derechos del acusado que tienden a garantizarlo, como son la publicidad y oralidad del juicio, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, etc.; sin embargo las Convenciones Europea e Interamericana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo refieren también al proceso civil, al laboral, al contencioso administrativo y a todo proceso en general.

c) La aplicación y desarrollo del principio: Es en los procesos penales donde el principio ha tenido la más viva y constante aplicación; su abundante desarrollo, estudio y análisis es de modo casi exclusivo de la Jurisprudencia Penal y de la doctrina del Derecho Penal, pudiendo afirmarse que esa labor ha sido obra de la Jurisprudencia y de la Doctrina Penal, siendo extraña a las otras ramas del Derecho, en las cuales podemos afirmar que se trata de una labor en ciernes. No obstante, como demostraremos en este mismo sector de este trabajo, el Debido Proceso de Ley, es un principio aplicable a todo proceso en general, que salvaguarda los derechos de todos los justiciables, sujeto activo y pasivo en el mismo, siendo ilusoria la doble restricción del principio, por un lado hacia el proceso penal, y por el otro, dentro del mismo proceso penal hacia los derechos del procesado; no podemos, sin embargo, dejar de reconocer que es en los derechos del procesado en el proceso penal donde el principio ha encontrado su mayor campo de aplicación y desarrollo".[30]

2.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO

[30] Vasquez Domingo, "El Debido Proceso" Opus. Cit,

Considerando la diversidad de posturas, y tomando en cuenta el desarrollo dinámico de la figura del Debido Proceso, es imposible ser categóricos sobre los elementos que componen o deben componer el debido proceso de ley. Es por ello que resulta idóneo exponer las clasificaciones de los elementos del debido proceso a que hacen referencia los doctrinarios con más frecuencia.

Así pues, tenemos que en opinión de Evans de la Cuadra es necesaria la existencia de un tribunal competente e imparcial, establecido por ley, con jurisdicción y competencia adecuada, así como la concesión al demandado de derechos tales como notificación de la demanda que lo afecta, concesión de un plazo razonable para comparecer y exponer derechos, posibilidad de ser oído en juicio (principio de bilateralidad de la audiencia), de contradecir los dichos de la contraparte (principio de contradicción), concesión de un tiempo racional para que se defienda y para aportar pruebas, posibilidad de controlar las pruebas presentadas en su contra, libre aportación de pruebas para su defensa y que el tribunal las reciba en forma legal, obligación para los jueces de fundamentar sus fallos, y finalmente, el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia.[31]

Marcos Vásquez considera que se podrían agrupar los elementos del debido proceso en el derecho a obtener el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, a la igualdad entre las partes, a un tribunal o a un juez imparcial, a un juez predeterminado por la ley y a reglas procedimentales preestablecidas y el derecho a la independencia del juez.[32]

---

[31] Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.146. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **"**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno".Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Chile, 2004

[32] Vásquez Espina, Marcos, "El Debido Proceso: Una Perspectiva Procedimental Práctica", en http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.utml. [Sitio visitado el día 15 de Julio de 2004]. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **"**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno"".Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 2004

Por su parte, Orlando Poblete afirma que el concepto de procedimiento racional y justo comprende “el derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, el derecho a no confesarse culpable, el principio de aceleración del proceso, el principio de legalidad, entre otros”[33]

En nuestra opinión, y luego de analizar las diversas corrientes de pensamiento, consideramos que el proceso legal y justo al que tiene derecho todo ciudadano que accede a la justicia comprende los siguientes tópicos

2.2.1 DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PROCESO

Considerado como consustancial al proceso y uno de los elementos dogmáticos del mismo, sin el cual no se aplica ni tiene sentido el derecho de defensa, el derecho a la igualdad constituye un principio o elemento del Debido Proceso puesto que implica la oportunidad de que todas las partes al concurrir al tribunal gocen de los mismos medios de ataque y de defensa, es decir, que puedan defenderse en iguales condiciones e iguales oportunidades, con la posibilidad racional de hacer valer sus alegatos, medios y pruebas sin estar colocadas en situación de desventaja.

Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa).

Así, los derechos de las partes no pueden sufrir limitaciones ni merma una frente a la otra, ni frente al tribunal. El sujeto pasivo del proceso, tiene

---

[33] Poblete Iturrate, Orlando, “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”, en http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo6.htm [Sitio visitado el día 29 de Julio de 2004]. Citado por Elisa Araceli Andrea Génova Espinoza, en **“**La reserva de identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno”.Tesis Doctoral, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 2004

derecho a conocer los medios en que funda su pretensión el sujeto activo del mismo, y ésta los medios de defensa de aquel; la igualdad de armas o posibilidad razonable de litigar en condiciones que no impliquen desventajas apreciables de una parte frente a la otra y disponer, ejercer y tener a su alcance los diferentes medios y procedimientos para aportar y administrar las pruebas de sus pretensiones, supervisar su realización, discutirla y contradecirla, y que sean examinadas y apreciadas de manera objetiva por el juez ante el cual se realiza o administra.

2.2.2 EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El acceso al tribunal debe orientarse a la protección efectiva de los derechos que implica y pone en juego el proceso con relación a los justiciables. Así, para que la decisión que resulte sea justa y razonable debe ser fundada y congruente, en este sentido, debe haber una relación concordante entre los argumentos de derecho o norma aplicable y los hechos englobados en esa norma, los cuales ella se va a aplicar de modo que el fallo sobre la cuestión planteada, cuya solución es sometida al juez, sea lo suficientemente motivada como para que no implique ni injusticia, ni vulneración de derechos para cualquiera de las partes. Debe además existir el derecho de recurrir a las instancias superiores para ejercer los recursos que la ley pone en sus manos para enmendar la sentencia. Y por último, debemos mencionar el derecho a la ejecución de la sentencia pues, de no existir, los derechos derivados o reconocidos en ella, serían puras categorías formales o meras intenciones, cualquiera que fuera el tipo de proceso a resolver.

También, toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado, para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social, en tanto las personas no realizan justicia por sus propias manos ya que

cuentan con una instancia y un proceso, previamente determinados por la ley, por medio del cual pueden resolver sus controversias.

En otras palabras, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial, para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho. Impedir este acceso es la forma más extrema de denegar justicia.

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, cuando se hace referencia al derecho de toda persona *a ser oída* para la resolución de sus controversias, con las garantías debidas y por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Este derecho de acceso a la justicia merece un especial interés a propósito de la normativa vigente en los países de la región respecto a los mecanismos previstos para la protección judicial de los derechos fundamentales, algunos de los cuales impiden ejercer estos recursos judiciales contra determinados actos del Estado.

Como es sabido, las normas internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de toda persona a la protección judicial de sus derechos fundamentales. Para tal efecto, establecen la obligación por parte de los Estados de asegurar la existencia de los *recursos adecuados y efectivos* que permitan dicha protección.

2.2.3 DERECHO A UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Una síntesis sobre estas características que deben estar presentes en todos los tribunales puede ser presentada de la siguiente forma:

- El tribunal competente: Se considera tribunal competente a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia,

etc), es el llamado para conocer y resolver una controversia. También conocido como el *derecho a un juez natural*, esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

- **El tribunal independiente**: La independencia de los tribunales alude al grado de relación que existe entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial, respecto a los demás órganos del Estado, en especial los de carácter político, como lo son el Ejecutivo o el Legislativo. En este sentido, los jueces se encuentran obligados a dar respuesta a las pretensiones que se les presentan, únicamente con arreglo a derecho, sin que existan otros condicionamientos para tal efecto. Asimismo, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, ningún juez o tribunal se encuentra sometido a la voluntad de las instancias superiores, debiendo en consecuencia mantener también su independencia respecto a todos los demás órganos judiciales.

- **El tribunal imparcial**: La garantía del tribunal imparcial permite contar con órganos jurisdiccionales que aseguren a las personas que sus controversias serán decididas por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema, y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. En consecuencia, la imparcialidad de los tribunales implica que las instancias que conozcan cualquier clase de proceso no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán, el resultado de los mismos, compromisos con alguna de las partes, etc. Asimismo, esta garantía obliga al magistrado a no dejarse influenciar por el contenido de las noticias o las reacciones del público sobre sus actuaciones, por información diferente a la que aparece en el proceso, ni por influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas de cualquier sector.

Los derechos relacionados con el tribunal competente, independiente e imparcial han sido objeto de un importante análisis en la región andina a propósito de la actividad desarrollada por la denominada *"justicia militar"*.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no considera contraria a la Convención Americana la existencia de estos tribunales, estima necesario tomar en cuenta determinados criterios para su regulación a nivel interno, especialmente en lo que se refiere a necesidad de dejar fuera de su competencia el juzgamiento de civiles.

2.2.4 DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso.

2.2.5 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE ORDEN PROCESAL

Se trata de una serie de derechos cuya finalidad es garantizar de modo real y efectivo el derecho de defensa y la objetividad e imparcialidad procesal, razones por las cuales tales garantías están presentes en todo proceso de orden penal, civil, laboral, comercial y contencioso administrativo. Las enunciaremos a continuación pormenorizadamente:

• Derecho a la aportación de la prueba: Implica que el sujeto, tanto activo como pasivo del proceso, tiene el derecho a que le sean admitidas las pruebas pertinentes, oportunas y necesarias para probar sus alegatos y pretensiones ante el juez, y a utilizar y ser practicados por el tribunal, todos los medios lícitos y admitidos en el ordenamiento para aportar y administrar la prueba y para permitir su valoración objetiva por el juez.

• Derecho a juicio contradictorio: Esencial al derecho de defensa por permitir la administración y realización de las pruebas, la contradicción en juicio permite el equilibrio entre las partes, constituyendo un aspecto del derecho de la igualdad de armas. El mencionado derecho consiste, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos, y en lo que a las partes se refiere, en “la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o piezas producidas por la otra parte, así como de discutirlas”. Podemos decir, pues, que constituye la facultad de las partes de conocer las pruebas, medios y alegatos a fin de ponerlas en condiciones de discutirlas o contradecirlas. No se concibe el derecho de defensa y su ejercicio, ni es efectivo aquel que se refiere a las pruebas y a los medios de prueba, siempre que sean pertinentes y necesarios y conduzcan a la verdad para culminar en una condenación justa y razonable sin contradicción procesal. Los medios de prueba, el derecho a la prueba, y los hechos a probar por los medios admitidos, en su realización, práctica y administración deben hacerse de modo que las partes en el proceso conozcan esos medios de prueba, estén presentes y supervisen su administración, y sean puestas en condiciones de discutirla o contradecirla.

Este es el llamado principio de contradicción del proceso, de modo que de no hacerse de esa manera, la prueba es nula y conduce a la indefensión. Esto nos lleva a analizar la licitud de la obtención de la prueba, de suerte que, obtenida por medios ilícitos, está prohibida su valoración por el juez, que debe descartarla por ser radicalmente nula y sin efecto. Así ocurre cuando la prueba es obtenida por medio de violencia o constreñimiento, por medios dolosos o por métodos no admitidos por el ordenamiento procesal.

• Derecho a la publicidad procesal: teniendo por finalidad el control social o público de la función judicial, este derecho garantiza la imparcialidad y diligencia del juez para administrar justicia, y significa que en todo proceso la discusión de las pruebas, los alegatos y conclusiones de las partes, el dictamen del ministerio público y el pronunciamiento de la sentencia deben tener lugar en una audiencia pública, salvo en los casos en que la publicidad sea perjudicial, como cuando es contraria al orden público.

• Derecho a un juicio sin dilaciones: Este derecho nace de la prontitud y la celeridad de la justicia, que son caracteres esenciales y definitorios de la misma. Consagrado o no por la Constitución, o por convenios o tratados vinculantes entre los distintos Estados, se trata de un principio general, de orden supra constitucional, vigente en todo ordenamiento y sistema. Por ello, el derecho a un juicio sin dilaciones es sin importar la naturaleza concreta del proceso (si es civil o penal, o de otra índole). Así, para todos los asuntos o procesos la ley adjetiva establece los plazos dentro de los cuales los asuntos deben ser fallados.

• Derecho a las garantías procesales: Es un derecho cuyo contenido es enormemente amplio, ya que engloba todas las garantías y derechos previstos o no, que pone en juego todo proceso en relación a las partes en el mismo, para culminar en una sentencia justa. Ese carácter general, amplio y no limitativo de este derecho nos lleva a concluir forzosamente que el mismo es

aplicable al proceso en general, y por ende a todos los procesos, no importa su naturaleza, y no a un proceso en particular.

• El principio de la legalidad: En la práctica, se restringe su aplicación exclusiva al proceso penal, enunciado en la máxima “nullum crimen, nullus delictus, nulla poena sine previa lege”. Será así si adoptamos la tesis del dogmatismo jurídico que reduce el Derecho a la ley, y en consecuencia no admite que la legalidad es un aspecto de un principio más amplio que es el de la juridicidad, aún cuando los derechos y garantías son ilimitados en un proceso civil, comercial o en que se debaten intereses privados, el principio de la juridicidad sería contrario al carácter limitativo del Derecho y del Proceso Penal, (según el cual todo derecho, libertad o garantía está en el ordenamiento). Así, el principio penal de la legalidad de la pena y del delito, no es más que una aplicación concreta y particular del principio de juridicidad, aplicable en general a toda clase de procesos.

• La regla non bis in idem: También se pretende aplicar con exclusividad al proceso penal la regla que prohíbe o determina que nadie puede ser juzgado dos veces, o más de una vez, por la misma causa. Sin negar que se aplica de una manera más cruda y notoria en el proceso penal, no podemos olvidar que en todas las materias o procesos se aplica el principio de la cosa juzgada, con las diferencias y variantes necesarias de cada proceso en particular; por eso, la aplicación de la regla de que nadie puede ser juzgado dos o más veces por la misma causa, en conclusión, es un principio aplicable a todo proceso, y no exclusivo en su aplicación al proceso penal en particular.

2.3 EL DERECHO DE DEFENSA

De importancia capital dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de

todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos, cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación del derecho de defensa. La violación del derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse. Algunos autores consideran como distinto al de la defensa el derecho a la asistencia o defensa letrada o técnica, esto, la asistencia de un consejero o de un abogado. Sin embargo, entendemos que tal derecho es una forma del ejercicio del derecho de defensa, ya que en El Salvador, salvo en materia de amparo y procedimientos administrativos, es obligatoria la asistencia o ministerio de abogado ante todo tribunal y en todas las materias; en materia penal existe el defensor publico, llamado en otros países abogado de oficio, que asistirá al imputado en su defensa cuando carezca de recursos para obtener la asistencia de un defensor remunerado

Para Linares Quintana el derecho de defensa implica que todo habitante de la Nación tiene “la posibilidad efectiva de acudir ante algún órgano jurisdiccional -judicial o administrativo- en procura de justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de su persona o de sus derechos en juicio, debiendo, por lo menos, ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas por las leyes respectivas”; por su parte Cavalcanti —citado por el mismo Linares Quintana-, afirma que “la garantía de plena defensa presupone que el acusado tenga la posibilidad de traer al conocimiento del juez las informaciones y las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la

verdad, permitiendo el reconocimiento de la inocencia del acusado o la atenuación de su responsabilidad".[34]

Parece tener entonces, mayor idoneidad para el objeto de estudio, la definición aportada por Cavalcanti, no obstante ello, no es acertada al afirmar, que la función de esta garantía es que el acusado aporte información y prueba "para el esclarecimiento de la verdad"; pues, el probar la existencia del ilícito penal y la participación del indiciado, le corresponde al Estado mediante el órgano requirente y no al acusado (Principio de la Carga de la Prueba); además el imputado, en el ejercicio de su defensa —en especial la material-, puede hasta mentir, en cuyo caso su actividad no va encaminada al esclarecimiento de la verdad; por otra parte, tampoco es cierto, que con ella se permita "el reconocimiento de la inocencia", ya que ésta, es un estado que todo imputado posee en relación a la atribución penal de que es objeto, y sólo puede ser destruida por la sentencia en la cual se declara la culpabilidad del procesado.

Al respecto, Jorge Eduardo Vázquez Rossi expone en su obra "Derecho Procesal Penal" que esta garantía "implica que quien resulta imputado (o demandado) debe contar con las oportunidades operativas de contrarrestar la atribución", en otras palabras, concibe el derecho de defensa como "contestación de la acusación, como contrario de la acción", y en consecuencia afirma en un forma más detallada, en su obra "La Defensa Penal" que "es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones en favor del interés y el derecho del imputado y destinadas al logro de sus posiciones dentro de la causa"[35]

Sustancial es este derecho en el contenido del debido proceso, de modo que, hacia él confluyen otros derechos y garantías que se analizan en este

---

[34] Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Tomo V: Libertades Particulares. Citado por XXXXX en "La inviolabilidad del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Salvadoreño, Tesis de Grado, UES, 2001

[35] Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, "Derecho Procesal Penal", Tomo 1: Conceptos Generales, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1989, pag. 285, Citado por XXXXX en "La inviolabilidad del Derecho de Defensa en el Proceso Penal Salvadoreño, Tesis de Grado, UES, 2001

trabajo. Consiste esencialmente en no privar al justiciable de ningún instrumento, derecho y garantía que el ordenamiento pone a su alcance para la protección y efectiva de defensa de sus derechos. Tiene un doble carácter: material y formal, que implica, por un lado, el respeto de las reglas procesales por parte del juez, y por el otro, la prohibición de vulnerarlas, conculcarlas o limitarlas en perjuicio real y efectivo de los intereses de los litigantes, y aún entre las partes adversas mismas, de modo recíproco; pero no hay violación o desconocimiento de ese derecho, cuando un justiciable, teniendo la oportunidad de usar el mismo y que le ofrece el ordenamiento, no usa de él, o no lo hace con la pericia y diligencia suficiente.

El autor español José Magaldi Paternostro dice que el derecho de defensa es “el derecho subjetivo público fundamental que otorga a todas las personas las facultades necesarias para hacer frente eficazmente a una imputación criminógena, incluyendo el conocimiento inmediato de la misma como presupuesto del ejercicio de dichas facultades”.[36]

En relación a lo anterior, Alberto Binder aunque nombra uno de los capítulos de su obra “Curso de Derecho Procesal Penal”, como “Inviolabilidad del Derecho a la Defensa en Juicio”, no aborda con mayor profundidad, la formulación teórica de tal enunciado, simplemente expone que el derecho de defensa “es la garantía que torna operativas a todas las demás”, afirmando que en eso es que radica su importancia, ser “la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal” y culmina diciendo “por inviolabilidad de la defensa en juicio según la formula constitucional, se debe entender un concepto muy amplio”. Resulta evidente, que aunque compartimos lo afirmado por Binder, para los efectos de definir a la inviolabilidad del derecho de defensa, en la obra citada no realiza contribución alguna.

[36] Magaldi Paternostro, María José, Articulo “La Protección Penal del Derecho de Defensa”, s s.e., s.f., p 434

La defensa del imputado es, según Vélez Mariconde, “el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad”.

Su fundamento constitucional lo encontramos en el art. 12 CN.: “toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Su necesaria existencia deviene de que el Derecho de defensa cumple dos funciones básicas: actúa en forma con las demás garantías; y es la garantía que torna operativas a todas las demás.

Por lo tanto, es una actividad esencial del proceso porque tutela la libertad y los derechos individuales, referido tanto a la defensa material como a la defensa formal o técnica.

2.3.1 ELEMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA

2.3.2 DEFENSA MATERIAL

La defensa material se realiza por medio de las declaraciones que el imputado realiza en el proceso, pudiendo hacerlo cuantas veces quiera, siempre que sena pertinentes. Es la defensa material activa, pero también puede hacerlo pasivamente, cuando se abstiene de declarar. Por ello la declaración del imputado más que medio de prueba es medio de defensa.

El fundamento de la defensa material lo encontramos en el principio *hemo tenetur se deteger* que significa que nadie puede ser constreñido a obrar contra sí mismo. Nuestra Constitución establece que ninguna persona puede ser privada de ninguno de sus derechos sin ser previamente oída (art. 11) y no puede ser obligada a declarar (art. 12). Lo que significa que ninguna pena se

puede aplicar sin audiencia del interesado, cuyas declaraciones no deben ser requeridas bajo juramento o promesa, u obtenidas mediante amenaza o coacción.

2.3.3 DEFENSA TÉCNICA

Aun cuando se considera distinto al derecho de defensa, consideramos que la defensa técnica o letrada, es decir, el derecho a la asistencia de un abogado, de un consejero o perito del derecho de parte de aquél que inicia un proceso es citado a comparecer con motivo del mismo, es una aplicación concreta del derecho de defensa, de ahí que los jueces deben velar por su efectividad.

La defensa técnica es ejercida, generalmente, por un abogado y sólo excepcionalmente se concede al propio imputado. Esta se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Por ello, se exigen conocimientos, jurídicos que el imputado, en la mayoría de casos carece. Sin esos conocimientos el imputado no se podría defender eficazmente, y la defensa no respondería sus fines.

2.3.4 TIEMPO Y MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA

A fin de que el derecho a la defensa no quede vacío de sentido, toda persona acusada de una infracción penal y su abogado, de tenerlo, deben disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa es un importante aspecto del principio fundamental de «igualdad de condiciones», consistente en que la defensa y la acusación deben ser tratadas

de forma que garantice que ambas partes tienen las mismas oportunidades para preparar y presentar sus argumentos en el curso del procedimiento.

El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos. Este derecho exige que el acusado pueda comunicarse confidencialmente con su abogado, algo especialmente importante para las personas detenidas.

El tiempo adecuado para preparar la defensa depende del carácter de los procedimientos (si se trata de actuaciones preliminares, proceso judicial o apelación) y las circunstancias objetivas de cada caso. Entre éstas figuran su complejidad, el acceso del acusado a las pruebas y a su abogado y los plazos que fijan las leyes nacionales. Deben contrapesarse el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a disponer de tiempo adecuado para preparar la defensa.

Si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa (incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse.

El Comité de Derechos Humanos consideró tiempo insuficiente las cuatro horas concedidas tras la suspensión de un juicio por asesinato al nuevo defensor de oficio (que sustituía a uno anterior) para hablar con el acusado y preparar la defensa. El Comité también apreció una violación del artículo 14.3 del PIDCP en una causa en la que el nuevo defensor de oficio se reunió sólo diez minutos con el acusado antes del juicio y el anterior no había asistido a muchas de las vistas preliminares.

2.3.5 ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa exige que el acusado y su abogado puedan acceder a la información adecuada: documentos, informes y demás pruebas que pudieran ayudar al acusado a preparar su defensa, exonerarlo de culpa o, si es necesario, atenuar la pena. Tal información brinda a la defensa la oportunidad de conocer y comentar las observaciones o las pruebas de la acusación. La Comisión Europea ha establecido que el derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa lleva implícito el derecho a un acceso razonable a los expedientes de la acusación. Sin embargo, este derecho puede estar sujeto a limitaciones razonables, entre otros motivos, por seguridad. La Comisión resolvió que este derecho puede ser satisfecho permitiendo que quien acceda al expediente del caso sea el abogado del acusado, no el propio acusado.

2.3.6 ACCESO A PERITOS

El derecho a disponer de los medios adecuados para preparar la defensa incluye el derecho del acusado a conseguir la opinión de peritos independientes en el curso de la preparación y la presentación de su defensa.

El artículo 8.2.f de la Convención Americana dispone expresamente el derecho de la defensa a obtener la comparecencia de peritos. Dentro del concepto de la igualdad de armas, se entiende que el imputado tendrá las mismas condiciones y oportunidades para refutar los señalamientos que la parte acusadora le haga. En vista que la prueba de cargo en algunas ocasiones consiste en la declaración de un experto en alguna materia, resulta obvio que la defensa del imputado no discutirá personalmente el testimonio pericial, sino que

más bien, se valdrá de la asesoria y asistencia en Juicio de un profesional al cual tendrá acceso.

2.3.7 IGUALDAD DE ARMAS

La igualdad de armas se encuentra para algunos doctrinarios enmarcada dentro las garantías procesales del debido proceso; no obstante consideramos necesario analizar esta temática desde la óptica del derecho de defensa efectiva. La razón para incluir a la igualdad de armas como un apéndice del derecho de defensa es que esta garantía opera como una restricción para el aparato judicial, en el sentido de no autorizar mecanismos de acusación que no tengan una contrapartida en la defensa.

Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa). Así, los derechos de las partes no pueden sufrir limitaciones ni merma una frente a la otra, ni frente al tribunal. El sujeto pasivo del proceso, tiene derecho a conocer los medios en que funda su pretensión el sujeto activo del mismo, y ésta los medios de defensa de aquel; la igualdad de armas o posibilidad razonable de litigar en condiciones que no impliquen desventajas apreciables de una parte frente a la otra y disponer, ejercer y tener a su alcance los diferentes medios y procedimientos para aportar y administrar las pruebas de sus pretensiones, supervisar su realización, discutirla y contradecirla, y que sean examinadas y apreciadas de manera objetiva por el juez ante el cual se realiza o administra.

2.4 LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

2.4.1 EL SISTEMA DE APORTACIÓN DE PRUEBA EN EL SALVADOR

El Sistema adoptado en nuestro país el llamado régimen de la Libre convicción y aportación de la Prueba; la implicación histórica y doctrinaria más trascendental de la adopción de este régimen probatorio es el abandono de la figura eminentemente inquisitiva de la prueba tasada. De ahí que resulte necesario esquematizar el modelo probatorio que es compatible con el Sistema Procesal adoptado en el Código Procesal Penal de 1998.

En primer lugar, para referirnos en general al sistema de libre convicción creemos fundamental hacer dos reflexiones preliminares. Una primera, en torno a qué se entiende por prueba y luego una segunda, referida a cuál es la finalidad de ésta.

Sobre el primer punto, se dice habitualmente que prueba es todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición o más preciso aún, la suma de motivos productores de certeza. Por su parte probar, en tanto infinitivo denota la acción que engendra prueba, es decir, puede ser definido como comprobar, voz que a su vez, significa la verificación de la exactitud de ciertos hechos.

Ahora bien, en un sentido jurídico, procesal y de finalidad en un sistema mínimamente acusatorio, ese comprobar será preferentemente de otro (de las partes y no del juez), porque a quien corresponde desarrollar principalmente esta labor es a las partes y su principal destino es convencer al juez (sin embargo no opera absolutamente el aforismo probatio fit iudici, porque se comprende que también se dirige a las propias partes que así lo requieren para poder hacer valer sus derechos. Es una exigencia mínima para que exista verdadera contradictoriedad en el juicio penal).

Es así que, podríamos decir que probar es comprobarle a otro (al juez) la verdad de un hecho, mediante su persuasión de certeza, obtenida con la prueba.

Como se ve, este intento por conceptuar lo que es la prueba y la acción de probar, entendida como comprobación de un hecho, nos remite inmediatamente al de verdad y sujeto cognoscente.

En efecto, lo anterior para que tenga sentido debe ser comprendido desde la perspectiva subjetiva, esto es, referida al sujeto cognoscente. Frente a ella este sujeto puede encontrarse en posiciones diversas, según sea su relación con la verdad. Estos estados son la certeza, probabilidad y la duda. Estados subjetivos distintos, suponen diversos resultados de la actividad de conocimiento desplegado por el sujeto.

Dicho esto último, de otro modo, la certeza expresa el juicio positivo acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien tiene certeza está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, es decir, de conocer. Esto es lo que denota la innegable naturaleza subjetiva del conocimiento y de su forma de expresión, cual es, la certeza.

La probabilidad, en cambio, sólo significa un acercamiento plausible a la verdad que se pretende conocer. Por último, la duda no es más que el estado de neutralidad o, según MAIER, de perplejidad frente a la verdad.

Luego, para el desarrollo de esta labor el sujeto trabaja sobre (en ella recae la prueba) o con una hipótesis de verdad histórica o mejor dicho con ciertas afirmaciones de hechos con pretensiones de verdad histórica, y aquí nos encontramos con el segundo punto: cuál es la finalidad del sistema de prueba, qué busca conocer mediante huellas, rastros o pruebas que se mantienen, que existen con relación al hecho hipotético que se indaga. En el caso de la hipótesis de una verdad histórica o mejor dicho con las afirmaciones que supuestamente la contienen, en el ámbito judicial, debemos recurrir al concepto de prueba, concebido como aquel sistema que importa el mecanismo idóneo

que nos permite asir dentro del proceso un cierto conocimiento sobre hechos (negativos o positivos) con efectos jurídicos procesales válidos.

Sin embargo qué concepto de verdad es a la que se puede pretender dentro del proceso penal. Algunos autores parecieran tratar de afirmar que se trata de la verdad material u objetiva o, como se ha dicho, la verdad verdadera, sobre todo en materia criminal. No obstante parece ser que el actual criterio dominante sería afirmar que la verdad material o como quiera que se le llame, es una meta inalcanzable, al menos mediante el proceso.

"BINDER plantea las dificultades para alcanzar la verdad histórico material, en tres ideas básicas. Primero alude a los instrumentos de conocimiento de que se vale el proceso penal, ellos producirían habitualmente efectos distorsionadores. Si realidades físicas son distorsionadas por los instrumentos de conocimiento o medición de éstas, cuanto más sucederá con las realidades humanas. Luego, en segundo lugar alude a la construcción del relato que es ex post, que es histórico, y ello también produciría algún tipo de distorsión, porque se debe recurrir a registros de lo sucedido o porque el transcurso del tiempo borra o desdibuja las imágenes y recuerdos. Y, en tercer lugar, porque la construcción del relato es obra del juez, trabajo que realiza desde el presente, desde una exigencia de solución apreciada como justa, dentro de un contexto y que incluye elementos subjetivos importantes referidos a la personalidad del sujeto tanto del presente como del pasado."[37]

Aparece lógico, en cambio, afirmar que si bien la verdad histórica objetiva o material no es susceptible de ser ganada con el proceso, no se debe sucumbir a la tentación de una suerte de imperio de la verdad convencional o transaccional sin límites. Al contrario, se debe aspirar como mínimo, a la existencia de ciertos mecanismos que permitan objetivar una verdad formal o

[37] Beltrán Núñez, Arturo, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, "La actividad probatoria de la defensa en el proceso penal", En "Cuadernos de Apuntes del Consejo General del Poder Judicial", Madrid, 1999.

subjetiva, a fin de legitimarla, de modo de que no campee sin límites la disponibilidad, manifestación del exclusivo y excluyente interés particular.

Ante este problema, que representa un evidente desafío a la razón, se han definido dos formas conceptuales de enfrentarlo. Uno es el sistema de prueba legal y tasada (y de oficialidad) y otro el sistema de libre convicción (y de aportación de parte).

Cuando hablamos de sistema de prueba legal y tasada (y oficialidad) versus el de libre convicción (y aportación de parte), nos estamos refiriendo a que estos sistemas proponen maneras antagónicas de ordenar lo que se denomina la actividad probatoria. Sistema de prueba se puede definir en los siguientes términos: *es aquél estatuto que regula la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiesta en la determinación de las formas y los medios por los cuales se puede arribar a una cierta verdad de los hechos; y en el modo de valorar esos medios.*

2.4.2 EL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

Al analizar el sistema de las garantías en el proceso penal resulta util destacar como señala Jose Maria Tijerino que: “Los intereses tutelados por el proceso penal son de tan alto rango para la colectividad que sobre ellos no puede haber libre disposición de las partes. No caben en él transacciones, limitación alguna sobre los alcances de la investigación, presunciones, verdades subjetivamente limitadas. Cuando de justicia penal se trata no debe quedar rincón alguno donde no penetre la luz”[38]

[38] Tijerino Pacheco Jose Maria, Fiscal General de la República de Costa Rica, en conferencia dictada el 29 de octubre de 1992 en el seminario "El indígena frente al sistema penal: cuestiones probatorias", celebrado en La Paz, Bolivia

Implica que el sujeto, tanto activo como pasivo del proceso, tiene el derecho a que le sean admitidas las pruebas pertinentes, oportunas y necesarias para probar sus alegatos y pretensiones ante el juez, y a utilizar y ser practicados por el tribunal, todos los medios lícitos y admitidos en el ordenamiento para aportar y administrar la prueba y para permitir su valoración objetiva por el juez.

Uno de los componentes esenciales del derecho a defensa es el de "poder aportar elementos de prueba que sirvan al objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar la prueba de cargo".[39]

"El *due process* garantiza a la parte la facultad de producir, sin obstáculos arbitrarios o irrazonables, los elementos necesarios para fundamentar las alegaciones de hecho".[40] Esta incluiría, el derecho a la "contraprueba", entendido como el derecho a contra interrogar a los testigos de la contraparte y el derecho a investigar sobre las fuentes de prueba, antes que tenga lugar el juicio.[41]

En esta misma línea, en el nuevo proceso penal Salvadoreño, el contra interrogatorio de los testigos tendría como finalidad última *desvirtuar* las declaraciones de los mismos, en otras palabras, lograr que el juez deseche dichas declaraciones como medio de prueba, que no crea en el testigo, formar en el juez la convicción de que el testigo miente o que no tiene una percepción correcta de los hechos, pues su declaración se ha visto influenciada por los elementos que mencionamos anteriormente. Esto es importante, puesto que en el nuevo procedimiento penal, tal como lo establece, *no existen testigos*

---

[39] Decap Fernandez, Mauricio, "De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco,* num. 3 (2002) p. 91; "El derecho a la defensa comprende el conjunto de oportunidades y medios procesales referidos tanto a la alegación como a la prueba que han de estar a disposición de las partes para la defensa de sus respectivas posiciones. Las partes, en atención al principio contradictorio que domina los procesos contenciosos, no deben ver obstaculizado su derecho a hacer valer cabalmente sus argumentos jurídicos y fácticos". CASAL H., José María. "Libertad Personal, Seguridad Individual y Debido Proceso en Venezuela", en *Revista Ius et Praxis,* vol. 5 Nº 1 (1999), p. 178.

[40] Carocca Perez, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal,* op. cit., p. 166.

[41] IDEM

inhábiles, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento antiguo, en el cual se podía tachar a los testigos, es decir, inhabilitarlos, restar valor probatorio a sus declaraciones.

Como hemos señalado, no existe hoy la posibilidad de tachar a un testigo, sino sólo de desacreditarlo, de desvirtuarlo, y la forma de hacerlo, es demostrando ciertas circunstancias de carácter personal (relaciones familiares, de amistad, de enemistad, intereses económicos, pleitos pendientes, etc. que puedan existir, ya sea entre el imputado y el testigo o entre el testigo y la víctima), o demostrando tal vez antecedentes del testigo, de diversas naturalezas (drogadicción, alcoholismo, reputación, condenas por falso testimonio, etc.), que lo hagan poco creíble, o si se quiere, aquellas circunstancias que alguna vez constituyeron las causales de tachas. A este tipo de información no puede accederse sino por medio del conocimiento de la identidad del testigo, el que permitirá a la defensa saber, a ciencia cierta, quien realmente es aquella persona que declara en contra del imputado, y así investigar cuáles podrían ser los puntos desfavorables a su testimonio, con la finalidad de restar valor probatorio a su declaración, es decir, de desvirtuar al testigo, y a su vez desvirtuar, por ende, su declaración.

En este mismo sentido, el profesor Mauricio Decap ha señalado que “el derecho a contra examinar a los testigos es de aquellas garantías judiciales mínimas, que, ni aun frente a hipótesis delicitivas consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas”.

Existe la posibilidad, como en muchas ocasiones ha ocurrido, de que una persona que deba declarar como testigo en un procedimiento penal o que ya lo haya hecho, sufra o pueda sufrir amenazas o menoscabo en el ejercicio de sus derechos, derivados precisamente del hecho de aportar información que incrimine al imputado en un delito determinado, ya sea como medio de presión para evitar que declare, o bien como una forma de tomar venganza por el daño provocado al imputado con su declaración. Estos derechos son, principalmente,

el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el derecho a la libertad personal y seguridad individual que nuestra Constitución garantiza a todas las personas, sin perjuicio del derecho de propiedad, el que también pudiese verse afectado, pero que para estos efectos no consideraremos, pues, por su contenido y relevancia, ofrecen mayor interés los dos primeros.

2.4.3 EL THEMA PROBANDUM U OBJETO DE PRUEBA

Contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, la regla en el proceso penal debe ser que ningún hecho esté exento de prueba, ni siquiera los que admita el imputado mediante confesión. No puede haber presunciones de hecho o de hombre, salvo las que establezca la prueba indiciaria, en la concepción de la doctrina que identifica indicios con presunciones "judicis" (CIANTURCO), y las presunciones legales deberán ser una rara excepción.

No obstante, los hechos evidentes y los notorios no cuestionados por ninguna de las partes deben estar exentos de prueba por resultar ésta innecesaria, y lo que no es necesario en el proceso es un obstáculo a la prontitud de la justicia.

2.4.4 LOS ÓRGANOS DE PRUEBA

Excluir a algunas personas de la categoría de órganos de prueba por razón de edad, más allá de lo que la psicología aconseja; por razón de parentesco o de otra cercana relación con el imputado, el ofendido o las partes civiles puede significar la pérdida de los testigos que podríamos llamar "naturales" en algunos delitos, como los que suelen perpetrarse en la intimidad del hogar. Por otra parte, la tacha de testigos no tiene razón de ser en un sistema de valoración de la prueba fundado en la sana crítica, el cual exige al

juez reparar en todas las circunstancias relevantes al ponderar los distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en obsequio a la verdad real y también al leal patrocinio del letrado, debe excluirse el testimonio del defensor como tal, es decir, debe separársele como defensor, puesto que el defensor, a diferencia del testigo, sí es sustituible.

2.4.5 LOS MEDIOS DE PRUEBA

La añeja polémica sobre la libertad o la taxatividad de los medios de prueba debe ser zanjada con miras a las necesidades probatorias del proceso. Ninguna limitación que impida el acceso a la verdad real, que en el contexto del proceso penal se traduce en acceso a la justicia, debe admitirse.

No obstante, cualquiera que sea el medio de prueba, nominado o innominado, dispuesto o no expresamente por la ley, debe respetar la dignidad humana en todos los aspectos que ella irradia. El concepto de prueba lícita no debe reducirse al de prueba admitida por la ley, sino identificarse con el de prueba no lesiva de derechos subjetivos, tengan éstos o no reconocimiento positivo. En este apartado existe una interrogante obvia ¿Se lesiona o no el derecho subjetivo a la adecuada defensa del imputado cuando se le oculta la identidad del medio probatorio que lo ataca en juicio?

2.4.6 EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El procedimiento probatorio, es decir, la forma como se prueba, es de importancia primaria para el debido proceso. En este procedimiento difiere sustancialmente la posición de los sujetos procesales.

a.- El juez:

A la luz del debido proceso el juez tiene potestad instructora, o sea, el poder-deber de investigar por sí mismo todas las facetas del hecho imputado, incluidas las razones de descargo del reo. A la par de esa potestad el juez tiene deberes frente a las partes, básicamente el de facilitarles la aportación de prueba, el acceso a la prueba aportada por la contraria y la crítica de la prueba.

b.- El ministerio público:

El ministerio público tiene la potestad de coadyuvar en la consecución de la verdad real, aunque ella favorezca al imputado, y la potestad de sustentar la imputación. Tratándose de un órgano público no cabe hablar de derecho subjetivo de probar, para referirnos al poder que tiene el ministerio público de aportar pruebas de cargo. Pero ello no puede significar que esa potestad le pueda ser lícitamente burlada por el juez, ya que la ley se la ha concedido en pro de la dialéctica del proceso, del contradictorio, camino óptimo para llegar a la verdad.

c.- El imputado:

El imputado, por su parte, en el debido proceso sólo tiene derechos en relación con la prueba, amparado como está por la presunción de inocencia que lo libera de la carga probatoria.

Sin embargo, una vez que el acusador ha sustentado con pruebas la acusación, corresponde al imputado respaldar de igual forma la negación de los cargos. Aunque en este caso, para evitar la condena, no es necesario que la prueba aportada refute plenamente la de cargo. Basta con que dé lugar a la duda para que sea procedente la absolución con base en el principio IN DUBIO

PRO REO, mediante el cual el afán de justicia contiene su ímpetu ante el horror de la condena del inocente.

Los derechos del imputado en lo que toca a la prueba constituyen un haz, entre los cuales está, en primer lugar, el derecho a conocer las pruebas de cargo, a efecto de poder refutarías. Dichas pruebas deben ser puestas en conocimiento del acusado en el momento mismo de la intimación o instrucción de cargos, acto procesal cuyo contenido es tripartito: hechos que se imputan, pruebas que los fundamentan y derechos que le asisten al reo en relación con la imputación. Basta la ausencia de uno de estos tres elementos para que no haya intimación, lo que significa en última instancia indefensión.

Si bien el imputado no está obligado a probar su inocencia o su menor responsabilidad, como ya señalamos, tiene el derecho de hacerlo. Se desconoce tal derecho cuando las autoridades rechazan antojadizamente las pruebas ofrecidas por el inculpado. La vocación del juez por la justicia puede medirse por el grado de receptividad que muestre hacia la prueba de descargo, verdadera piedra de toque de cualquier cuadro probatorio incriminador. Esto no significa, sin embargo, para el juez el deber de recibir toda la prueba que ofrezca la defensa, aun la impertinente o inútil.

También el camino de la injusticia puede estar empedrado de buenas intenciones; por eso, sólo la prudencia del juzgador podrá hacerlo llegar a puerto seguro en medio de las asechanzas que le tienden los persecutores rabiosos y los defensores sin escrúpulos.

Derecho a la prueba para el imputado es también el derecho de controlar la legalidad del procedimiento probatorio. La prueba no debe ser evacuada a espaldas de las partes, salvo aquella cuya práctica requiere condiciones especiales de concentración y tranquilidad, como las peritaciones. Pero el resultado de éstas, con sus fundamentos, debe ser puesto a disposición de los interesados a la mayor brevedad posible. Otra excepción resulta de la

necesidad de guardar el respeto que merece el pudor de las personas y su ámbito de intimidad, como en el caso del registro corporal y domiciliario.

Por último, el imputado, como parte en el proceso, tiene el derecho de hacer la crítica de la prueba. Es decir, de analizarla y refutarla o destacarla, según considere pertinente.

El defensor, por su parte, tiene prácticamente los mismos derechos probatorios del imputado, a cuyo servicio se encuentra; pero a la vez y precisamente por prestar un servicio, que no es sólo de interés individual sino también social, tiene un deber primario ante su patrocinado y ante la sociedad: el deber de la parcialidad, que no debe ser torcidamente entendido como una justificación del favorecimiento de la impunidad del crimen, sino como lealtad hacia su cliente, la cual debe revelarse por el interés puesto en ofrecer y hacer que se evacue la prueba de descargo, en no ofrecer nunca prueba que incrimine a su defendido, en refutar cumplidamente la prueba de cargo, para que mostrando los puntos débiles de ésta obligue e al juez a hacer una ponderación

2.4.7 LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la evidencia, fuente de prueba a aquellos medios que en concreto se utilizan en un proceso (v.gr., tales peritos, testigos o documentos) y prueba al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o a destruirlo -v.gr., declaraciones de un testigo, dictamen de un perito- veremos que los medios de prueba por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen (entendido como iniciativa) -a propuesta de la

acusación, de la defensa, por decisión del juez-, pero no por su resultado -el testigo propuesto por la acusación hace declaraciones que favorecen al acusado o sucede lo contrario-. En fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado cualquiera que sea su origen y así serán pruebas de defensa las que lo sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo. La prueba de descargo puede tener muchos fines. Entre otros:

a) Preservar o reforzar la presunción de inocencia. Si ésta conlleva que ni la participación en los hechos ni la concurrencia de los elementos del tipo se presumen, sino que han de demostrarse suficientemente por quien acusa, la prueba de descargo puede dirigirse a la demostración de la atipicidad de los hechos, de la no participación en los mismos, o a ambas cosas, bien mediante la demostración de la falsedad o ilicitud de las pruebas de cargo, o de los embriones de las mismas que pueden trocarse en prueba de juicio, bien mediante su puesta en sospecha por oposición a otras pruebas, bien por la demostración directa de la inexistencia de participación en los hechos, o de la ausencia de un elemento del tipo.

b) Demostrar la inexistencia o disminución del injusto imputado o de la culpabilidad del partícipe.

c) Mejorar las medidas cautelares adoptadas sobre la persona o los bienes del imputado.

Común a todas ellas es que sólo tienen sentido cuando la presunción de inocencia ha sido atacada o puesta en duda. La presunción de inocencia aunque como derecho fundamental es predicable de todos, como derecho reaccional, su concreto ejercicio, sólo tiene sentido desde que existe una acción previa con carga de imputación de una infracción penal (o de otro orden). Nadie proclama su derecho a la presunción de inocencia sin una imputación previa. Las características de esta imputación (de particulares, denuncia, imputación judicial, acusación en sentido estricto) son secundarias. Con la primera imputación aún sin ser admitida judicialmente a trámite, si tiene visos de serlo,

nace la presunción de inocencia. Por ello, porque se trata de presuntos inocentes, no cabe detener a denunciados o no procesados, sino cuando existen motivos racionales suficientes para creer en la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito y también para creer que la persona a la que se intenta detener tuvo participación en él. Ahora bien, si la presunción de inocencia tiene tan inicial momento de nacer, ha de concluirse que desde el mismo momento nace el derecho a presentación de pruebas de descargo. Pues así como la culpabilidad sólo puede declararse por sentencia firme, la inocencia o, al menos, la afirmación de que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada puede proclamarse en cualquier momento. La prueba de descargo puede tender a poner fin a un proceso antes del juicio, y también a poner fin a una situación de detención (incluso policial) o de prisión.

No es cosa de recordar ni aún de resumir ahora toda la doctrina y la jurisprudencia que enmarcan los conceptos de prueba lícitamente obtenida y de prueba válidamente aportada al proceso en condiciones que permitan la contradicción. Pero parece que puede afirmarse que todas las teorías han venido apuntando principalmente a los requisitos de obtención, incorporación y posibilidad de contradicción de la prueba de cargo. *¿Son aplicables esas teorías, esa doctrina, esa jurisprudencia a la prueba de descargo?* Si lo son, *¿en la misma medida que a la prueba de cargo?*

Entendemos que la diferencia de tratamiento entre la prueba de cargo y la de descargo puede responder a dos razones de orden jurídico (las hay también de orden moral):

La primera, es que, así como la condena requiere, sin perjuicio de otras condiciones, un juicio de certeza fuera de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado (entendida como participación en un hecho típico) la absolución y las resoluciones asimilables a la misma, no requieren un juicio de certeza sobre la inocencia, bastando una mínima probabilidad razonable de inocencia. Una duda en lo desfavorable -cargo- sobre la fiabilidad de la prueba

debe hacer que ésta se ignore. Una duda en lo favorable -descargo- sobre dicha fiabilidad, no excluye la posibilidad de que el resultado de la prueba se acomode a la realidad.

La segunda es que acusación y defensa no mantienen una relación simétrica, sino asimétrica a lo largo del proceso. No existe un derecho fundamental a la acusación (si acaso a la tutela judicial, pero éste es un derecho genérico de todas las partes en todo tipo de proceso) ni existe, por supuesto, un derecho fundamental a la presunción de culpabilidad. Por el contrario, existen los derechos fundamentales a la defensa y a la utilización de las pruebas pertinentes para la misma y a la presunción de inocencia. La prueba de descargo pertenece a la esencia misma del derecho a la defensa, y coincide con la prueba de defensa al tiempo que tiende a reforzar la presunción de inocencia. La prueba de cargo no cumple estas condiciones, sino que se opone a ellas. En la prueba de descargo, ilícitamente obtenida o aportada al proceso, habrá siempre un conflicto de intereses entre la ilicitud por quiebra de la legalidad fundamental o no y la preservación de otros derechos fundamentales, que permite inclinarse en favor de éstos. En la prueba de cargo no hay tal conflicto.

2.4.8 PRINCIPIOS PROCESALES BÁSICOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA NORMALMENTE

El instituto de protección de testigos es una incorporación relativamente reciente en el ámbito del derecho penal nacional. Su consagración legal (junto a otras figuras relacionadas o afines como el criteriado o el agente encubierto, a título ejemplar) implica una verdadera innovación en materia de política criminal. De entrada, las consideraciones sobre su utilidad, sus características, y sus implicancias lejos están de ser unánimes por referirse a institutos tributarios de

sistemas foráneos que, en ocasiones, no se rigen por los principios generales de nuestro derecho positivo. Su *actualidad,* entendido el término como el interés que suscita una cuestión nueva y aún sujeta a debate y discusión, se acentúa si se tiene en cuenta que en términos jurídicos no hay consenso doctrinario y jurisprudencial respecto a su validez constitucional y legal. A su vez, desde un punto de vista eminentemente práctico todavía hay mucho por hacer en cuanto a la cobertura real y efectiva de esta clase de testigos en los organismos encargados de su guarda.

Pero antes de seguir adelante en cuestiones que luego serán desarrolladas es pertinente señalar que la protección de testigos es el resultado de incorporar nuevas herramientas en la lucha contra el delito organizado, sumado ello, a las dificultades que en ciertas circunstancias trae aparejado el hecho de testificar para quien esta llamado a cumplir con dicha requisitoria (léase el testigo) y la importancia que dicho testimonio puede llegar a tener para la investigación (sea en el inicio o en el desarrollo) y, eventualmente, en el esclarecimiento de determinada clase de actividades ilícitas.

Sin embargo, como ya ha sido señalado, esta figura no esta exenta de cuestionamientos y lejos se encuentra de generar una aceptación pacífica en el ámbito judicial o entre las distintas manifestaciones de la doctrina. En concreto, la protección de testigos ha tenido diferentes interpretaciones por parte de nuestros tribunales en oportunidad de su aplicación, llegándose a discutir su constitucionalidad, todo ello en el marco de un debate que tiene en cuenta, por un lado, la seguridad de la vida de un testigo y el valor eficacia en la persecución penal, y por el otro, el respeto a las garantías del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio. A modo de anticipo se puede señalar que buena parte de los reproches pasan por considerar que los testigos protegidos son, “en determinadas circunstancias, sustraídos a la apreciación del imputado, lo que para dicho sujeto del proceso equivale a la sustracción de derechos constitucionales, como lo son los derechos de defensa y de debido

proceso legal. Al no poder conocerse la identidad de los testigos, cuando ésta es la medida de protección utilizada, se impide el eventual cuestionamiento de dicha persona, y básicamente el control de la prueba, según afirman los opositores al instituto."[42]

"El 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 (referencias de terceros, lecturas, entre otros) en cuanto proceda a sus sentidos" [43]. No obstante, es cuestionado el testimonio que no es producto de la adquisición directa, ya que de otra forma no se trata de una prueba directa, sino que se trae algo percibido por otro, que en todo caso, sería el testigo en sentido propio.

Por su parte, Abalos entiende que, "Para que el testimonio sea directo, no es necesario que la persona haya visto efectivamente cómo han sucedido los hechos; basta la percepción parcial o total por cualquiera de los sentidos. Piénsese en aquél que escucha determinado número de disparos en la noche. Este tipo de testigo trae elementos corroborantes respecto de lo que puede saber otro testigo presencial"[44]. De todas maneras todo testimonio puede tener algún valor procesal que será establecido judicialmente.

Otra definición posible, tomada de Leone, es por la negativa: "El testigo no es perito, no es imputado, no es el juez: es aquel que sabe cosas que pueden influir en la reconstrucción de la incidencia judicial: es un extraño a los hechos objeto del proceso, pero un extraño que sabe cosas que debe decir y sobre cuya deposición debe recaer la valoración crítica y la decisión del juez"[45].

---

[42] Klass Ezequiel Ernesto, "La Protección de testigos en el proceso penal", Tesis de Grado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano, Córdova, Argentina, Abril 2004, p. 13
[43] Creus, Carlos - Derecho Procesal Penal, Edit. Astrea - 1996
[44] Abalos Raúl W., Código Procesal Penal de la Nación, Argentina, Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo - 1994
[45] citado por Donna, Edgardo-Maiza, María Cecilia, Código Procesal Penal, Edit. Astrea - 1994

El testigo, en tanto persona física -no podría ser persona de existencia ideal, en los términos del Código Civil- y capaz, brinda su saber a través del testimonio, que es el aporte de conocimiento que da al órgano jurisdiccional de todo lo que percibió a través de sus sentidos en relación al hecho por el que se le pregunta. Su testimonio debe estar libre de opiniones o conjeturas, salvo que tengan íntima conexión con el hecho.

Dentro del espectro que reúne a los diferentes medios probatorios, el valor de la prueba testimonial es considerado de gran trascendencia en el proceso penal. Su importancia puede llegar a ser vital. En su obra "La Crítica del Testimonio", Francois Gorphe plantea: *"Los testigos –decía Bentham* (Jérémie)- *son los ojos y los oídos de la justicia". Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba. Su importancia en materia penal es considerable; frecuentemente es la única base de las acusaciones. Como pueden depender de ella intereses de consideración, como el honor de un hombre, y quizá su condena a muerte, es de una importancia evidente y primordial examinar con cuidado el valor de este medio de prueba, preferentemente en materia penal*[46].

En otra autorizada apreciación se resalta su carácter protagónico e irremplazable al señalarse que el testigo es una persona "...insustituible, nota no común para los otros órganos de prueba. (...) En materia penal, es el colaborador más importante para la adquisición de la prueba, por cuya razón su intervención en el proceso se impone con las menores restricciones posibles"[47].

2.4.9 EL TESTIMONIO EN CONCRETO

[46] Gorphe, Francois – La Crítica del Testimonio, 5ta. Ed., Inst. Ed. Reus S.A. 1971. Madrid-España
[47] Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediar. S.A. Editores - 1963

Resumimos entonces que *El testigo* es toda persona física ajena al proceso, citada por el órgano de investigación a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para la investigación y constancia de la perpetración de los delitos.

Señala MITTERMAIER que “las facultades intelectuales, los hábitos prácticos y la experiencia adquirida tienen una influencia notoria y directa en las observaciones de los testigos. Otros factores contribuyen además sobre la fiabilidad y certeza del testimonio entre ellos el transcurso del tiempo desde la realización del hecho o desde que sucedió el hecho hasta que se produce la declaración.”[48]

Es necesario buscar por todos los medios que el testimonio sea fiable y así se refuerza y estimula el recuerdo y la obligación de ser veraz con el juramento o promesa

Son muchas las variables que influyen en la exactitud de los recuerdos que tiene un testigo presencial de un hecho. Es indudable en este orden de cosas que han de utilizarse, como dice la doctrina psicológica científica, las tres fases clásicas del procesamiento de la información humana: codificación, almacenamiento y recuperación. Estas variables son difícilmente controlables por el juzgador, pero en la medida en que este control pueda llevarse a cabo, sólo puede hacerlo quien bajo la inmediación y la contradicción puede ver, oír y percibir las reacciones de quienes declaran, constatando los datos que hayan de servir para determinar el grado de verdad a través de la verosimilitud.

Así, el tiempo de exposición del autor ante el testigo, que el referido autor sea o no conocido del testigo y grado de conocimiento, la raza del reconocido (es más difícil de reconocer un negro, por ejemplo, entre varios negros, que uno blanco entre blancos, y a la inversa para un negro), circunstancias físicas del reconocido (normalidad o anormalidad), que se trate de un testigo víctima o

[48] MITTERMAIER, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929, p. 72

testigo espectador, la ansiedad experimentada al observar el suceso, las condiciones de observación, datos que inciden en los procesos de codificación y almacenamiento.

Carlos Climent Duran en su Obra “La Prueba Penal” expresa (en una aplicación directa de la teoría del garantismo procesal penal) que “los principios procesales condicionan la valorabilidad de la prueba testimonial”[49]

A continuación expone cuales son esos principios, que de no ser respetados en la producción de la Prueba testimonial, que es la que nos ocupa, harían que se le restara valor y efectividad, siendo estos:

a) Principio de Inmediación: La prueba testifical ha de practicarse siempre que sea posible ante la presencia del Tribunal Sentenciador

b) Principio de Contradicción: La prueba testifical, al igual que cualquier otra, ha de producirse contradictoriamente, o sea, ante la presencia física del acusado, quien a través de su abogado ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder contra interrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación publica.

c) Principio de Oralidad: Se satisface mediante la comparecencia personal de los testigos durante el acto del juicio oral, contestando de viva voz a las preguntas que las partes acusadora y defensora le hagan, todo lo cual es oído por el tribunal sentenciador, como destinatario final de la declaración.

d) Principio de Publicidad: Toda declaración ha de hacerse durante el juicio oral y ante la presencia no solo de las partes, sino también del público en general, lo que constituye una manera eficaz de controlar lo que ocurre en el juicio.

Cabe destacar que el proceso penal salvadoreño esta diseñado como un sistema de garantías procesales en los que se enuncian y reconocen los principios que la doctrina exige. No obstante, en la realidad estos principios no

[49] Climent Duran Carlos, “La Prueba Penal, Doctrina y Juriscprudencia”, Edt. Tirant Le Blanh, España 1999.

son atendidos, y el resultado es el atropello de una garantía constitucional y en consecuencia la violación de un derecho subjetivo del imputado, a saber, su defensa ante el poder punitivo del Estado.

Por ultimo pero no menos importantes, señalamos un aspecto que aunque Climent Duran no destaca, otros grandes tratadistas tales como Mittermair, Maier, Carnelutti y otros mas expone, “La Comunidad de la Prueba”, el implica que cualquier elemento probatorio propuesto por cualquiera de las partes en el proceso es común a las demás y no puede dejar de valorarse por renuncia de una de ellas. También abarca el hecho que, un medio probatorio introducido al proceso penal, debe estar a la disposición para su análisis y uso por parte de todos los involucrados en el juicio sin distinción de quien lo ofreció.

2.5 CONSIDERACIONES BÁSICAS DE LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS, TESTIGOS Y PERITOS EN EL PROCESO PENAL.

*“Creemos que ser testigo no puede ser nunca una desgracia o una consecuencia desventajosa para la persona. El testigo es un órgano de prueba; es una pieza fundamental de proceso y debemos ampararlo y protegerlo para que su intervención no suponga una alteración profunda de su vida, de su trabajo y de su circunstancia (...) La experiencia nos indica que muchas veces los testigos son víctimas de amenazas, seguimientos, agresiones personales. Contemplamos entonces un sistema que les da protección para que no sufran a causa de su colaboración”***,** (del informe del Ministro de Justicia de la Republica Argentina Dr. León Carlos Arslanián, ante el Senado de la Nación en la sesión del 21 de Agosto de 1991).

Un sistema de impunidad alienta una atmósfera de comportamiento poco ético, fraude y corrupción. La acusación formal asegura que el sospechoso de un delito sea procesado en una corte y sentenciado si es encontrado culpable.

Un procesamiento exitoso de los criminales es una parte esencial de una sociedad basada en el imperio de la ley. El procesamiento y sentencia de los infractores los hace responsable de sus acciones y sirve como medio de disuasión para quienes estén pensando en actividades ilegales.

En la mayoría de los sistemas, el procesamiento se realiza de acuerdo al sistema del derecho penal. Este régimen regula la conducta de los individuos, determina los crímenes y castigos. En los casos criminales, el procesamiento es realizado por el gobierno ya que, en la mayoría de los casos, los actos criminales son considerados violaciones contra el orden público.

Es muy importante que todo sistema sea íntegro en la administración de justicia. Esto significa que las leyes son igualitarias y justas. Los procedimientos se derivan del marco legal y protegen los derechos civiles y políticos de los implicados. Los fiscales, jueces y jurados siguen los procedimientos y conservan el más alto nivel de comportamiento profesional y ético. A los acusados se les respetan sus derechos de procedimiento.

La protección de los derechos de los acusados y asegurar que sea seguido el debido proceso, son principios esenciales de la integridad. La integridad en la administración de justicia asegura que las atribuciones de la policía y de las agencias responsables de hacer cumplir la ley no son utilizadas por razones políticas o personales, y que aquellos acusados de un crimen cuentan con una oportunidad justa para defenderse.

Los derechos del acusado normalmente incluyen el de enfrentar o carearse con sus acusadores frente al tribunal. Esto significa que los testigos comparecen personalmente y están disponibles para un interrogatorio por ambas partes. Este puede ser un procedimiento totalmente público. En países con un historial de conflictos violentos o con serios problemas relacionados con el crimen organizado, algunos testigos pueden tener miedo de declarar. Pueden tener miedo de ser asesinados o de algún otro acto violento en su contra o de sus familias.

Los testigos en estas condiciones requieren protección. La capacidad de los distintos sistemas legales para brindarla difiere considerablemente. En Canadá, por ejemplo, la identidad de los testigos puede ser protegida en algunos casos. En los Estados Unidos, el sistema de protección de testigos incluye su reubicación y cambios de identidad. Otros sistemas pueden ofrecerles a los testigos protección armada durante el juicio. En los países que cuentan con menos recursos o una débil administración de justicia, la protección de testigos puede ser difícil.

María Teresa García Quesada, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n. º 5. Palma de Mallorca, España, señala “entre las implicaciones sociales del sistema judicial y los testigos, especialmente cuando son la victima misma que figura desde dos ángulos, lo siguiente:

1. º Impacto psicológico: evidentemente, no entra en lo razonable la agresión por parte de un extraño, la agresión extemporánea, inesperada e injustificada que dependiendo de la edad y demás circunstancias del sujeto puede ocasionar un auténtico trastorno psicológico, siquiera transitorio.

2. º El Juzgado: el contacto, muchas veces el primero en sus vidas, con la mecánica primero policial y judicial después. Las citaciones, las esperas, los interrogatorios, el vocabulario profesional, las exhaustivas relaciones de los bienes sustraídos, los reconocimientos médicos, la identificación de los presuntos culpables; en definitiva, una considerable «pérdida de tiempo» y una primera visión de la maquinaria de la justicia que suele ser, lamentablemente con razón en muchos casos, decepcionante.

3. º El juicio oral: también por desgracia en muchos casos señalado por primera vez «demasiado» tiempo después de ocurridos los hechos.

4. º La declaración testifical en si misma en el acto del juicio.

5. º La Sentencia que, ya sea condenatoria o absolutoria, sigue siendo para un importante sector de la población «críptica», incomprensible y a

menudo demasiado benigna a su parecer para el mal que a él, a la víctima, se le ha causado.

6. º La Ejecutoria: la anhelada y muchas veces perentoriamente necesitada recuperación del daño causado y que en tan pocas ocasiones llega a hacerse efectiva, comunicando al perjudicado que ha sido dictado Auto de Insolvencia, simple y llanamente, que no va a cobrar; sin que el Estado hasta la fecha intervenga para paliar el perjuicio, si bien está prevista esta posibilidad en las antes referidas Proposiciones de Ley"[50]

Los testigos desempeñan un papel esencial en el enjuiciamiento de los delincuentes, porque de su cooperación con las autoridades suele depender el éxito de las actuaciones penales.

Si bien algunos testigos son personas inocentes que relatan lo que vieron durante una investigación o juicio, otros son delincuentes que testifican contra otros acusados a cambio de una sentencia más benévola. Más allá de quiénes son y por qué cooperan, los testigos son vulnerables a la intimidación y las represalias. Por lo tanto, deberían dictarse leyes y establecerse mecanismos para apoyarlos y protegerlos; de lo contrario, se debilitarán la seguridad de las personas y el sistema de justicia penal.

La protección de los testigos es una cuestión amplia que requiere una variedad de respuestas, incluida la asistencia a las víctimas y los testigos, la seguridad en los tribunales, la protección en el corto plazo y los programas de protección de testigos. Otra respuesta, que se está poniendo en práctica en un número cada vez mayor de jurisdicciones, consiste en eximir a los testigos de declarar en los tribunales y permitirles que lo hagan mediante el uso de tecnología de comunicaciones, como las videoconferencias. Todas estas

[50] García Quesada, María Teresa, "El miedo de los testigos", en Cuadernos de Apuntes del Poder General Judicial, España, 1999.

medidas cumplen objetivos diferentes, requieren recursos y conocimientos especializados diferentes e implican riesgos diferentes.

Apoyar y proteger a los testigos es una tarea de particular importancia en los casos relacionados con la delincuencia organizada, en los que resulta difícil identificar y enjuiciar a los delincuentes y en los que las personas que participan de las actuaciones penales suelen recibir amenazas.

La naturaleza transnacional de la delincuencia organizada constituye un problema adicional que exige la cooperación interinstitucional e internacional para que las actividades de protección de testigos sean eficaces. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional provee un marco para esta cooperación y obliga jurídicamente a los Estados partes a proteger a las personas que testifican. Los gobiernos podrían hacerlo, por ejemplo, firmando acuerdos recíprocos para admitir a ciudadanos extranjeros en programas de protección de testigos y promover la asistencia judicial recíproca. El intercambio de prácticas óptimas referidas al apoyo y la protección de los testigos en los ámbitos legislativo, del ministerio público y de aplicación de la ley también podría servir para ayudar a crear programas de protección de testigos en los países donde no existen, o a fortalecerlos donde son deficientes.

A este fin, en 2005 y 2006 la ONUDD convoco reuniones regionales de expertos sobre apoyo y protección de testigos. Con la información que se obtuvo de estas reuniones, se elaborará un manual de buenas prácticas que abarcará los aspectos jurídico y operacional. También se elaborarán materiales de capacitación para las autoridades judiciales, del ministerio público y encargadas de hacer cumplir la ley.

2.5.1 CRITERIOS OPERATIVOS DE LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS

Resulta necesario aseverar que los mecanismos de protección de testigos no admiten errores. Únicamente se puede ejecutar un programa de protección de testigos sin atropellar las garantías constitucionales bajo ciertos criterios razonables y jurídicamente comprensibles.

a) La protección de testigos, por ser una medida excepcional, no debe otorgarse por cualquier clase de delito. Solamente algunas circunstancias concretas dan lugar a la protección de testigos. La mayoría de países democráticamente avanzados (USA, CANADÁ, ARGENTINA, UK) conceden el régimen de protección cuando los delitos ventilados tienen relación con el narcotráfico, el crimen organizado o la corrupción gubernamental. La razón principal es que es en estos casos donde el testigo se enfrenta a una estructura socialmente poderosa, circunstancia que potencia el nivel de riesgo de su persona y de su familia. Grave error seria al adoptar las medidas de protección como una norma de aplicación estándar para todo tipo de delitos comunes. El mantener en el anonimato a los testigos en cualquier clase de delitos, sin hacer diferenciaciones, es –curiosamente- típico en los países en los que se experimenta un subdesarrollo notable en materia de derechos humanos y en los cuales las instituciones de investigación y acusación (Policía, Ministerio Publico) siguen sumidas en el sub-desarrollo (Perú, Colombia, Chile, Ecuador, Indonesia, El Salvador etc.)

b) Los regimenes de protección deben ser administrados por el poder Jurisdiccional. No hay nada de malo en que el Estado utilice su fuerza y sus recursos en proteger a los testigos (es su obligación hacerlo). No obstante el sistema democrático de pesos y contra pesos, apunta a que los programas de protección deben ser administrados y otorgados por el órgano judicial. Afirmamos esto, pues en todos los países en que el modelo de protección a testigos se ha implementado, se reconoce que la protección del testigo implica limitantes (a menor o mayor grado dependiendo de la normativa de cada país) a la actividad de la defensa del imputado; esas limitantes, así como cualquier

otra acción encaminada a disminuir las garantías del imputado, debe decidirse en sede judicial y no en el órgano ejecutivo. La forma como opera el régimen de protección en USA, CANADÁ, UK, ESPAÑA, HOLANDA, ARGENTINA, ITALIA, MÉXICO, COLOMBIA etc, nos da la razón en este apartado.

c) El anonimato del testigo no es la única medida de protección, es la más restrictiva y la menos efectiva de las medidas.

d) Los programas de protección de testigos, que son efectivos, implican un gasto considerable de fondos estatales. Se requiere de una adecuada política fiscal que permite extraer fondos de erogaciones innecesarias y desviarlos hacia programas de protección efectivos.

2.5.2 LA CUESTIÓN DEL ANONIMATO DEL TESTIGO

El anonimato o justicia sin rostro por parte de los testigos puede darse en una doble dirección. Primero, el que hizo la denuncia y segundo el o los agentes infiltrados que producen las pruebas.

En el primer caso una garantía absoluta es reservada, en el segundo, una hipotética posibilidad de comparecencia es abierta. El anonimato es por tanto, parte integrante de un principio procesal en el caso que nos ocupa. Él es elevado a nivel de principio procesal.

El objetivo enunciado en el proyecto es la seguridad del testigo, lo cual es correcto en la medida en que puede existir una necesidad si el testigo se enfrenta a servicios de seguridad, bandas delictivas o para policiales o paramilitares o cuando se esté frente a procesos en que están en juego inmensos intereses económicos y financieros de grandes empresas. Y esto sin dejar de lado que también un grupo terrorista puede tener interés en la eliminación física de un tal testigo o fuente de información.

Pero como ya lo habíamos señalado anteriormente, esta situación tiene que ser excepcional y solo cuando las circunstancias impelen a tomar una tal medida. No olvidemos por otro lado que el proyecto de ley institucionaliza de una cierta manera la delación, que puede tener giros inesperados, sobre todo teniendo en cuenta que existe la posibilidad de obtener una cierta recompensa pecuniaria.

Ahora bien, cuales son las garantías reales de que la excepción en materia de testigo sin rostro no sea la regla. No perdamos de vista que una sola denuncia bastaría para iniciar las investigaciones e infiltrar las personas u organizaciones designadas. Tampoco se podría descartar una condenación en base de una sola fuente, a falta precisamente de confrontación contradictoria con la fuente directa de la prueba aportada.

El principio de anonimato es, por otro lado, muy relativo para la seguridad de los testigos. Podríamos citar el caso colombiano en el cual, testigos secretos que han tomado parte en procesos contra bandas paramilitares o miembros de la Fuerzas represivas y que han sido testigos directos de masacres y asesinatos, han sido a su turno asesinados. Una complicidad del aparato judicial no es tampoco a descartar. Este peligro, en el caso del proyecto de ley, en el marco de una duda razonable, no sería despreciable. La existencia de este mecanismo procesal vuelve casi inexistente el derecho a la defensa en los que a las pruebas se refiere.

No olvidemos que en un Estado democrático (aunque se de en un marco restringido) este no puede dejar de ignorar ciertas reglas que garantizan un justo proceso u otras garantías procesales y democráticas. Desde este punto de vista, no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos humanos. El Estado debe poner a disposición de todos los ciudadanos las herramientas procesales adecuadas y los instrumentos jurídicos necesarios que garanticen libertades consagradas en el derecho interno e internacional.

Según este ultimo, "... los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna... " (art. 1,1, Pacto de San José de Costa Rica).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy explicita en cuanto a los alcances de lo contenido en dicho artículo. Ella ha aclarado que " la primera obligación asumida por los Estados partes... es de respetar los derechos y libertades reconocidos por la convención. El ejercicio de la autoridad pública tiene ciertas limitaciones debido al hecho que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad de la persona... "..La obligación de respetar los derechos y garantías contenidos en la Convención significa un deber de abstención, una obligación de no hacer para el Estado. Este no debe realizar ningún acto (comprendido un acto legislativo interno) que pueda violar las dichas garantías y derechos consagrados.

Por otro lado, no basta con que un Estado se abstenga de realizar tal o cual acción. El Estado tiene el "... deber de organizar el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras por intermedio de las cuales se ejerce el poder público, de tal manera que el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sean asegurados sobre el plan jurídico...".

Una ley del tipo que hemos permitido que se aprueba, sería compatible con la obligación de protección, que tiene el Estado sería compatible con la obligación de organizar el aparato estatal de manera eficaz, pero no seria compatible con la de garantizar el respeto pleno de los derechos humanos.

Después de haber visto el contenido de dicho proyecto, que analizaremos mas adelante en este proyecto de investigación y sus consecuencias posibles sobre las garantías democráticas, dudamos enteramente de una tal compatibilidad, porque se estaría organizando el aparato estatal con otros fines que los reconocidos en la convención citada.

2.5.3 VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO

Tal y como ha declarado el tratadista chileno Mauricio Decap Fernández "El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia y las garantías. Dicha tensión aparece con mayor fuerza cuando se trata de revisar la relación existente entre la protección de las víctimas y testigos y el derecho de defensa. De lo que se trata es de determinar, en la perspectiva del debido proceso, la esencia del derecho de defensa, a fin de establecer cuándo, a propósito de la protección de la víctima o el testigo, habría una afectación insostenible de esa garantía judicial mínima. Y el límite parece estar en la posibilidad del contra interrogatorio del testigo protegido. Admitiendo incluso la posibilidad de que la intensidad de la protección alcance a la identidad del testigo, lo que correspondería sería revisar la valoración que de esa prueba efectúan los jueces del juicio, en directa proporción a la mayor o menor posibilidad de contra interrogar que ha tenido la defensa"[51]

El testigo tiene en efecto el derecho a que se le proteja y "La existencia de esta obligación del Estado es imprescindible e innegable, desde que los dos objetivos principales del procedimiento penal, dentro de un Estado democrático de derecho, son contribuir a la eficacia de la persecución penal de los hechos delictivos y respetar al máximo, en el juzgamiento de esos hechos, los derechos de los sujetos involucrados. El testigo es una pieza fundamental de un juicio donde está en juego la culpabilidad o inocencia de una persona, y si está bajo alguna amenaza, sea de muerte u otra distinta, debe estar protegido bajo

[51] Decap Fernandez, Mauricio, "De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco,* num. 3 (2002) p. 91;

alguna medida de seguridad, pero que no sea atentatoria de los derechos del imputado".[52]

En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración. Es decir, nuestro legislador ha establecido como *regla general* en el procedimiento penal el conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa.

En México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece esta medida de protección bajo circunstancias de evidente riesgo para el testigo, y hasta el ejercicio de la acción penal, es decir, ejercida ésta, la medida es levantada.[53]

Respecto de esta disposición, el mexicano García Ramírez señala que este precepto es inobjetable desde el punto de vista del testigo, pero criticable desde el del imputado, en la medida que reduce sus posibilidades de defensa en la averiguación previa.[54]

Elisa Andrea Génova Espinoza señala que "La posibilidad de mantener en reserva la identidad de los testigos en el juicio penal oral ha sido objeto de ciertas críticas por la doctrina. Así, se ha señalado que "la aceptación de testigos secretos atenta contra los principios básicos de publicidad y defensa propugnados por nuestro código" (refiriéndose al código penal chileno)[55]

---

[52] Genova Espinoza Elisa Andrea, "La Reserva de Indentidad de los Testigos, El Derecho de Defensa y el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno", Tesis Doctoral, Universidad Catolica de Temuco, Chile 2004, pag.25

[53] El artículo 14 de esta ley establece: "Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal".

[54] Garcia Ramirez, Sergio, citado por GARCÍA, Heriberto Antonio, "El Testigo Protegido y los Derechos Humanos", en http://www.cedhoax.org/aprenda/art004.htm. [Sitio visitado el día 23 de agosto de 2006].

[55] Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 31.

"Además se ha señalado que la defensa debe ejercerse teniendo presente como elemento esencial, el cumplimiento de los estándares de la defensa penal, los que obligan a tener en cuenta y respetar todas las posibilidades que las normas procesales, la Constitución y los tratados internacionales ratificados otorgan para asegurar el cumplimiento de las garantías procesales y de la legítima defensa. Es por ello que sería absolutamente *ilegal e ilegítima* la figura de los testigos de identidad reservada"[56]. Por otra parte, al ser desconocida para la defensa la identidad del testigo, no habría posibilidad de hacer valer su responsabilidad en caso de cometer el delito de falso testimonio.[57]

Se ha advertido, a su vez, que si se contrasta la figura del testigo de identidad reservada con el derecho al debido proceso, derecho de defensa y contradicción de la prueba, se quebranta de manera flagrante el derecho constitucional al debido proceso, y que pretender dar validez y eficacia a las manifestaciones de un testigo cuya identidad es desconocida por la defensa, conspira contra la posibilidad de que la misma controvierta ese medio de prueba, no solamente mediante el interrogatorio directo al testigo, sino a través de la valoración crítica de sus condiciones personales, familiares y sociales, lo que violaría al derecho constitucional que toda persona posee dentro de un

[56] "Es absolutamente ilegal e ilegítimo que la defensa no tenga posibilidad alguna de hacer relevante ante el Tribunal de Juicio Oral todos aquellos elementos que puedan afectar la credibilidad del testigo, lo que resulta imposible de hacer tratándose de testigos secretos o 'sin rostro'. Frente a estas situaciones la defensa se enfrenta a la posibilidad de que personas asistan a mentir ante un Tribunal y la defensa carezca de toda herramienta legal para impedir que ocurra, y también para lograr que se sancione dicha conducta [...]", en "Derrotas Jurídicas en la Acusación contra los Mapuche. http://www.argenpress.info/nota.asp?num=009525. [Sitio visitado el día 13 de Junio]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32.

[57] GELVEZ, Fernando, "Testigos de Identidad Reservada" en http://www.juschubut.gov.ar/buscador/ boletinjudicial/boletin22/b22_testigos.htm [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32

Estado de Derecho a ser juzgado conforme al debido proceso y defensa en juicio.[58]

Felipe Marín señala que el contra interrogatorio se divide en dos partes: una que ataca la credibilidad del testigo por características personales, y otra que ataca su credibilidad por la coherencia de su relato. Señala que al aceptar testigos secretos, la defensa no tiene oportunidad de investigar si existen hechos que hagan poco creíble *al testigo*, siendo esto más importante aún cuando el tribunal debe evaluar la prueba de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos asentados. Sostiene también, respecto de la gravedad del delito, que mientras más grave pueda ser la condena, mayores son las garantías que se deben exigir. Para Marín, el derecho al contra examen no es un derecho formal que se cumpla por el sólo hecho de permitirle al defensor hacer preguntas. "Si el defensor no tuvo la facultad de investigar al testigo, se vulnera el derecho a la defensa en dos vertientes: el derecho a hacer un contra interrogatorio efectivo, real, y el derecho a realizar una investigación paralela".

Villa, por su parte, concluye que el contra interrogatorio dirigido a desvirtuar *al testigo*, no obstante ser una parte importante dentro del derecho a contra interrogar, es un derecho *accesorio* del mismo, puesto que, según él, el *núcleo* del contra interrogatorio estaría constituido por el análisis, ponderación y desacreditación del *contenido de lo declarado*. Por esto mismo, sostiene que la reserva de identidad como medida de protección en favor del testigo ha sido legítimamente consagrada por el Legislador.[59]

---

[58] Gelvez Fernando, "Testigos de Identidad Reservada" en http://www.juschubut.gov.ar/buscador/ boletinjudicial/boletin22/b22_testigos.htm [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004]. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 32

[59] Villa Vega, Diego, "Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes. Fallo de Recurso de Nulidad en Caso RUC Nº 0200070382-9", en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, (2004), p. 148-157. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 34

Decap afirma que “no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad”. Pero sin perjuicio de esto, sostiene que *podría* llegar a ser posible que se hagan ciertas concesiones a la protección, que en principio no afecten el derecho de defensa, buscando así un equilibrio entre ambos intereses, y así concluye que, en la medida que la defensa tenga acceso a las declaraciones efectuadas por el testigo en la etapa de investigación, la afectación del derecho de defensa *no opera en su esencia*, ya que de todas maneras el defensor podrá preparar su contra interrogatorio, haciéndose posible el ejercicio de la garantía judicial mínima aceptable en un estado de derecho, es decir, el control de la prueba de cargo. De esto desprendemos que para Decap el contra interrogatorio dirigido a *desvirtuar al testigo* no formaría parte esencial del derecho al mismo, pero sí lo haría el que está dirigido a desvirtuar *sus declaraciones*. Finalmente, se inclina por rechazar, por afectar la garantía judicial, la declaración de un testigo cuya identidad física se desconoce por la defensa, *si no existen antecedentes de las declaraciones prestadas por él en la investigación.*[60]

Una idea distinta de ésta es la que expone Fernando Gelvez, quien estima que se *podría* admitir la interpretación según la cual un procedimiento con testigos secretos respeta parcialmente el derecho de contradicción a través de la posibilidad del contra interrogatorio. Pero considera que la declaración testimonial receptada de esa manera, impediría al imputado y su defensor la posibilidad de realizar una adecuada evaluación crítica del testimonio; circunstancia que constituye una parte fundamental del principio de controversia de la prueba. Por otra parte, señala que una valoración probatoria adecuada de la manera en que un testigo ha percibido a través de sus sentidos los hechos sobre los cuales declara, solamente es viable conociendo la identidad del

[60] Decap Fernandez, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, op. cit. pp.100-103.

testigo, atento que la percepción no es un simple proceso físico sino que tiene profundas connotaciones psíquicas, puesto que aún cuando para percibir se requiere el auxilio de órganos físicos externos, ellos siempre están bajo el control de nuestro cerebro. Termina señalando que la única forma de evaluar la *percepción* de un testigo, es conociendo su identidad; si no existe esa posibilidad, el imputado y su defensor no podrán estar seguros de si el testigo conserva sus órganos de percepción (nariz, oídos, ojos, etc.) en buenas, regulares o malas condiciones de funcionamiento, toda vez que no puede ser apreciada de igual forma el relato de lo visto por una persona que utiliza anteojos -por padecer cualquier impedimento visual- que lo apreciado por un individuo carente de afección visual alguna. En relación con el segundo punto, es decir, los requisitos necesarios para utilizar la reserva de identidad como medida de protección del testigo, Villa expone que las limitaciones a las garantías constitucionales deben ser *racionales,* como se desprende *a contrario sensu* de la redacción del recurso de protección, y que junto a esta racionalidad, se encuentra la aplicación de dos principios: el de *necesidad* y el de *proporcionalidad.* Así, y en relación con el principio de necesidad, los supuestos exigidos para que opere la reserva de identidad del testigo serán, según Villa, primero, que las condiciones de riesgo en que se encuentra el testigo sean tales que obliguen al Estado a proporcionarle una medida de protección que pueda llegar a afectar parcialmente los derechos constitucionales del imputado. Estas situaciones de riesgo se darán cuando se presenten antecedentes concretos que hagan temer atentados contra bienes jurídicos tan relevantes como el derecho a la vida, integridad o seguridad del testigo. El segundo supuesto es que el resto de las medidas posibles se consideren fundadamente ineficaces, lo cual hará *estrictamente necesaria* la medida de ocultación de identidad como *único medio capaz de asegurar la protección de los derechos del testigo.*[61]

[61] Villa Vega, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes...” op. cit., p. 154. Citado por Génova Espinoza Elisa Andrea, Opus cit. Pag. 34

Decap Fernandez asegura que “El derecho de la víctima y del testigo a ser protegidos por el Estado cuando sus vidas se ven amenazadas en su existencia cotidiana por un hecho constitutivo de delito debe ser adecuadamente satisfecho. El Estado no puede desconocer su rol en esa dirección, lo que debe llevar aparejado la creación de toda una política pública dirigida a esa protección, Pero esa política pública no puede desconocer que opera en un Estado democrático de Derecho, en donde el debido proceso se encuentra instalado como parte del sentido común de una sociedad que actúa frente a la afectación de los derechos de sus ciudadanos, con ciertas garantías judiciales mínimas, que deben ser respetadas siempre para no debilitar esas mismas estructuras de funcionamiento sociales, De este modo, diseño de políticas públicas, con el financiamiento adecuados, para llevar adelante acciones concretas de protección a víctimas y testigos. Pero además, reglas jurídicas claras de habilitación para los órganos del Estado que correspondan, para llevar adelante esas definiciones. Dentro de estas definiciones, cómo declara, en qué momento debe ser conocida la identidad del testigo por la defensa, qué identidad si se trata de un agente encubierto en aquellas hipótesis delictuales en que es admitida su participación. De qué manera nos aseguramos de que ese ciudadano que coopera con la justicia, no sufre antes, durante o con posterioridad a su contribución, un atentado a sus libertades fundamentales, a su vida y su integridad física y sicológica”.

También agrega que “En el momento en que el órgano de persecución penal decide llevar adelante la acusación contra el imputado, debe mostrarle a la defensa cuáles son los elementos de prueba con los que cuenta y, tratándose de testigos, la individualización de cada uno de ellos”.

Coincidimos con en el en que “La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacerse efectiva

en ese caso concreto, en términos duros de contra interrogar a esos testigos" y que "Uno de los aspectos más esenciales del contra interrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad. Para saber si le podemos creer a un testigo, en muchas ocasiones debemos saber quién es. Y para la defensa, actuar sin saber quién es el testigo, significaría continuar relegando a la defensa a las zonas oscuras de nuestra institucionalidad, aquellas en donde las respuestas no son fáciles, requieren demasiadas explicaciones"

Sabiamente Decap Fernandez expone que "Visto desde el debido proceso, se debe señalar también que el derecho a la contraprueba, o derecho a contra interrogar a los testigos (cross examination), es uno de los componentes de las garantías esenciales que lo conforman"

Roxin habla del principio del proceso justo, vinculándolo con el fair trial inglés, que en sus palabras, implica "que, sobre todo, debe asegurar al imputado la oportunidad de defenderse en las mejores condiciones posibles frente a la autoridad de acusación, superior a él en medios.

En el contexto doctrinario y normativo señalado, ¿no significaría vulneración de esta garantía el aceptar la declaración de un testigo, cuya identidad es desconocida por la defensa? O peor aun, ¿no significa hacer tabla rasa de las garantías judiciales mínimas el aceptar que se incorpore como prueba al juicio una declaración de un testigo obtenida sin intervención de la defensa? Nos parece que la respuesta consistente con un sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado democrático de Derecho debiera ser el que no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad.

Piero Calamandrei señalaba que el "principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el "principio del contradictorio",

también denominado principio o garantía de la audiencia bilateral o de bilateralidad de la audiencia. Lo que lleva a Carocca a sostener que “el contradictorio, es esencialmente la manifestación técnica en el proceso de la garantía constitucional de la defensa”8, que conlleva una exigencia de respeto y tratamiento igualitario para las dos partes.

Principio de igualdad de armas que en palabras de Roxin implica que este “mandato del fair trial puede prohibir, p. Ej., una limitación de los derechos de información y de participación del imputado o de su defensor, no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y del defensor.

En la dirección anotada, nos inclinamos por rechazar, por afectar la garantía judicial anotada, la declaración de un testigo individualizado por cualquier mecanismo idóneo destinado a ocultar su identidad física normal, del que no existan antecedentes de declaraciones prestadas con anterioridad ante el fiscal.

En este último caso, el juez de garantía debería rechazar la prueba propuesta, por afectar el ejercicio del derecho de defensa en su esencia, ya que el defensor no tendrá posibilidad real y efectiva de controlar la prueba de cargo, al desconocer el contenido de los hechos que a través de ese testigo se intentarán probar por la fiscalía.

Aceptar la introducción de una prueba tal implica llevar al juicio una obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales que en este texto se vienen comentando, esto es, vulnerando el derecho de defensa en cuanto no posibilita controlar la prueba de cargo. En esta línea de pensamiento, aplaudimos el criterio moderado del Tribunal primero de Sentencia de San Salvador y de la Cámara de lo Penal de la Primera sección del Centro, que han declarado nulos los procesos penales en los cuales no existe custodia judicial de la identidad de los testigos que declaran en juicio y que gozan del régimen de protección.

2.5.4 INEFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO SECRETO.-

La admisión, decreto y practica de pruebas en el campo penal, esta disciplinada por los principios de necesidad, legalidad, libertad, oportunidad, contradicción, publicidad e inmediación, que se tornan en garantes de derechos de primera generación como la intimidad, la no auto incriminación, la igualdad de oportunidades, imparcialidad y lealtad en pos de la búsqueda de la verdad, el debido proceso.

Dentro del marco ya expresado de la producción de la prueba, la contradicción juega un papel vital en la corroboración de los datos tendientes a modificar el estado cognoscitivo del juzgador.

No obstante, el testimonio secreto tiene grandes limitantes para controvertir, y estas limitantes lo vuelven ilicito.

Entre ellas están:

a) La defensa no conoce personal y directamente al testigo;

b) La defensa no conoce los generales de ley del testigo;

c) Aunque se le permite intervenir en los interrogatorios, la defensa esta limitada a no preguntar sobre determinadas cuestiones, tales como la credibilidad y los intereses del testigo;

d) La facultad de interponer recursos contra decisiones jurisdiccionales, queda mermada cuando no se tiene completo conocimiento del medio probatorio.

c) No existe inmediación en su producción, por lo que no se puede hablar de prueba lícitamente obtenida, dado que en la mayoría de los casos el juez tampoco puede ver al testigo, ni puede observar sus reacciones cuando se le cuestiona por parte de la defensa.

Tal y como expone el Maestro colombiano Orlando Alfonso Rodríguez "para que el testimonio sea eficaz debe reunir los elementos siguientes: haberse recibido por el funcionario competente, con las formalidades legales, sobre hechos que le consten o haya percibido en general, dentro de los propósitos del proceso, que la pieza probatoria no este recortada y que se haga una valoración integral"[62].

En el caso del testigo anónimo, más que hacer afirmaciones, planteamos interrogantes que invitan a la reflexión:

¿Qué garantía de credibilidad ofrece un testimonio, si la defensa técnica y el procesado desconocen al testigo?

¿Podría confiarse en la sinceridad y desinterés de un testigo de esta clase?

¿Cómo sabe la defensa que no se trata de un enfermo mental, de un neurótico, esquizofrénico, oligofrénico o paranoico?

¿Cómo sabe la defensa si se trata o no de un incapaz?

¿Qué nos garantiza que el sexo, la religión y la edad desconocidos no son elementos que influyan en su testimonio?

¿Qué interés puede esconder un cónyuge separado o divorciado para incriminar a su anterior pareja, guiado por protervos y mezquinos intereses y pasiones?

¿Por qué no lograr el encarcelamiento de una contraparte en un proceso civil, laboral, sindical o político mientras dura el conflicto, colocándolo en una situación de desventaja?

¿Qué se puede decir del criteriado delator condenado que valiéndose de la figura del testigo anónimo logra una considerable rebaja punitiva incriminando a una persona inocente que ni siquiera lo conoce?

---

[62] Rodríguez, Orlando Alfonso. *La ineficacia probatoria del testimonio secreto.* Ed. Juridicas Gustavo Ibáñez. Colombia 1996. pag. 63.

¿Cómo determinar las intenciones del pariente que desea quedarse con el grueso de la fortuna que disputa con el denunciado?

¿Qué garantiza que la figura del testigo anónimo en combinación con la ya próxima ley antiterrorista no será un instrumento de persecución política?

¿Qué pueden hacer el imputado y el defensor ante un testigo corrupto?

¿Cómo se hará efectiva la pena o sanción por falso testimonio si se desconoce la identidad del testigo y es imposible corroborar su veracidad?

Como observamos, no son pocos los testigos que concurren a declarar alterando intencionalmente la verdad influidos por intereses, pasiones o perturbaciones psíquicas. El testigo falso falta a la verdad total o parcialmente. No es fácil enfrentársele con éxito, pues acude a declarar preparado, con algún conocimiento directo o indirecto de lo ocurrido, que tergiversa y espera listo a contestar las preguntas sueltas y descortinadas que lance un contra interrogador mal preparado o desarmado. Resulta nula la eficacia que ofrece el testimonio secreto.

También, cuando el testigo se reserva la identidad y la Fiscalia acepta, es porque previamente aquel ha hecho un juicio de valor que le quita espontaneidad al relato que va hacer ante el investigador; sabe con antelación que va a decir, a que hechos y personas se va a referir. Esta circunstancia deja en desventaja al equipo defensor que no puede preparar ningún tipo de argumento o estrategia con antelación al no poder explorar las condiciones personales del medio de prueba, impidiéndose asimismo realizar investigaciones paralelas.

“Por otro lado, la personalidad del declarante adquiere importancia vital para la eficacia del testimonio. Un declarante retraído, introvertido, tímido, desarrolla esta parte de la diligencia probatoria de manera lacónica, echándose de menos al final una narración completa de los hechos, dejando de lado valiosas circunstancias de modo, tiempo o espacio. Se limita la declaración de los hechos que conoce con la excusa que información adicional conduciría a su

identificación y lo pondría en peligro, dejando como damnificado principal al sistema judicial que no tiene un panorama completo de las circunstancias en la que se rinde la declaración; debería entonces para rellenar esos vacíos en la historia o esclarecer puntos contradictorios complementarse el interrogatorio directo con un buen y completo contra interrogatorio, cuestión que con el régimen de protección que mantiene en anonimato el testigo no puede lograr"[63].

"Pensemos ahora en la situación contraria, un deponente extrovertido, osado, despierto, hablador, seguramente hará un exposición de los hechos de manera fluida, completa, incluso inventando creyéndose protagonista de un acontecimiento importante. La maximización del conocimiento que pueda tener toma contornos de exageración por lo que el interrogador debe precisar y puntualizar aquellas partes donde no aparece la versión respaldada con otro sustento probatorio"[64].

"En ambos tipos de declarante se echa de menos la figura del defensor profesional que visto desde otro ángulo no dejaría pasar desapercibido importantes circunstancias para el buen suceso de un completo testimonio, formulando las preguntas que despejen los nubarrones de dudas que generan el interrogatorio formulado por el Fiscal. Esta parte es esencial de primer orden para el desarrollo de una defensa eficaz, con real y cierta presencia en el desarrollo del proceso; el defensor esta presto a interrogar, contra interrogar, a dejar las constancias que considere necesarias, conforme el comportamiento del testigo cruciales para el momento de la formulación de alegatos y la valoración probatoria del funcionario judicial. Este derecho en un sistema en el que se mantenga en el anonimato a los testigos brilla por su ausencia"[65].

[63] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 75.
[64] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 76.
[65] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 77.

2.5.5 ERRORES EN LA RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO Y PELIGRO A LA SEGURIDAD DE LOS TESTIGOS

Tiene importancia trascendental para la finalidad del proceso quien pregunta, a quien pregunta, como pregunta, donde pregunta y para que pregunta. El Estado en general y el funcionario judicial deben ser cuidadosos frente a dos circunstancias:

1. Recoger la información importante y fundamental para el logro de una completa investigación.

2. Proteger la vida e integridad del declarante o la de sus allegados.

No obstante la figura del testigo anónimo sirve solo para vulnerar principios esenciales de procedimiento como el debido proceso, la contradicción de la prueba y el derecho del defensor.

"La preparación de los funcionarios interrogadores deja mucho que desear, es frecuente observar que se toman declaraciones en sede fiscal. Es frecuente leer declaraciones con reserva de identidad recibidas antitécnicamente; la plena identidad aflora en el contexto del acta de recepción de la pieza probatoria, derivada de las circunstancias de modo tiempo y lugar, de las condiciones del testigo, etc. Es una evidente inutilidad mantener el secreto de la identidad de testigo, porque no protege su vida, cuando en la realidad esa identidad aflora del contenido del acta, sirviendo solo para vulnerar derechos y garantías constitucionales"[66].

Solo unos cuantos ejemplos, para exponer porque la declaración del testigo anónimo es ineficiente materialmente hablando en lo que a protección de testigos se refiere:

- Una mujer declara bajo la modalidad del testigo anónimo, contra su excompañero de vida, narrando como era el trato personal que le prodigaba, la relación para con sus suegros, hijos, cuñados y demás

[66] Rodríguez, Orlando Alfonso. Opus cit. Pag. 77.

allegados, sin dejar de lado el profundo odio que le prodigaba, es fácilmente perceptible quien es el testigo de cargo.

- El locutor de radio de una pequeña población que bajo el mecanismo del testigo sin rostro testifica contra un antiguo socio en un proceso de actividades relativas a las drogas, narrando sus actividades comerciales comunes, la tranzas que realizaban por varias ciudades del país, nombres y apellidos de quienes lo acompañaban y los hoteles donde se hospedo.
- Por otro lado es frecuente que el testigo olvide bajo que circunstancias declara y resulta hablando en tercera persona, para decir por ejemplo “fulano de tal me dijo (mire chepito tal cosa)”, rompiendo con la figura del testigo secreto. Un mal interrogador ante un testigo secreto o anónimo con deficiencias en su capacidad de memoria, dirige preguntas a detalles menores sin trascendencia dejando de lado lo fundamental. Como el defensor no puede interrogar de forma adecuada resulta ineficaz el testimonio para la finalidad del proceso.

2.5.6 INCIDENCIAS DEL ANONIMATO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.

La apreciación de la prueba tiene un marco preciso, además de intima convicción moral guiado por la sana critica por la experiencia y por el conocimiento en general, debe exponerse el fundamento de convicción sobre elementos objetivos que ofrece cada medio probatorio, después en conjunto se deshecha el capricho.

El testimonio tradicionalmente esta embullado de intereses, pasiones y amenazas que le quitan objetividad y credibilidad. El funcionario judicial que

valora la prueba debe estar asistido de la teoría y la practica suficiente para cometer con éxito la valoración probatoria en general.

Los principios generales que informan la psicología, sociología, criminología, psiquiatría y en general las ramas de la ciencia que tengan por objeto de estudio el hombre, junto a una acrisolada integridad moral del funcionario deben presidir la actividad valorativa para que marche por el sendero de la justicia.

No se trata de una dadiva o favor oficial sino de un esencial y prevalente derecho de procesado. Si se trata de valorar en conjunto los medios de prueba, de apreciarlos como ordena la normatividad no se perderá de vista el respeto a los derechos fundamentales. El funcionario para valorar un testimonio con reserva de identidad cuando no se le ha permitido a la defensa controvertir la prueba de cargo no perderá el faro el respeto al derecho fundamental del procesado de contradecir y controvertir los medios usados en su contra, así pues un medio probatorio sobre el cual no se haya tenido control judicial y que haya estado fuera del alcance de la defensa debe ser declarado nulo y evitar su producción en juicio (demás esta decir que aun utilizándose no se le deberá acreditar valor probatorio suficiente para una condena).

Para una acertada valoración testimonial no se perderá de mira estos factores:

- Actitudes físicas y psíquicas del testigo, en cuanto a moralidad, afectividad y capacidad intelectiva.
- Las propiedades del objeto según los datos que suministre.
- La relación deponente-objeto, especialmente a las condiciones de formación del testimonio: memoria, percepción, evocación, reproducción, relato, intereses, pasiones, prejuicios, etc.
- De los hechos mismos cuando son inverosímiles o imposibles.

Como por mandato de excepción el testigo no es conocido por la defensa ni por el procesado no se puede tener en cuenta estos factores antes mencionados para levantar alegatos antes de la sentencia ni para impugnarla posteriormente, siendo lógico concluir que las circunstancias que pudieron haber creado una defensa efectiva y una verdad procesal conducente han quedado también en el anonimato.

Es imperativo entonces, que ante tales violaciones de orden procesal, el Tribunal sentenciador evite fundar una posible sentencia condenatoria en la declaración de un testigo anónimo.

CAPITULO 3

ANALISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO

3.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR[67].

En lo referido al Régimen de Protección a testigos, nuestra Constitución no hace relación puntual sobre el asunto; pero de manera extensa hace referencia a tres instituciones que dentro del Proceso Penal tienen mucha importancia y son: Garantía de Juicio Previo-Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

En el artículo 11, se hace referencia a la Garantía de Juicio Previo como Debido Proceso al decir "Ninguna Persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos **sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes**…."

La pena solo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, estos han de utilizar el medio, que es el proceso, para imponer penas. La reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino que exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar la imputación. El procedimiento exigido por la garantía del juicio previo no es cualquier proceso. Ha de tratarse de un procedimiento jurídico regulado en la ley y acorde con los derechos individuales que se reconocen en la Constitución, es decir, ***un proceso recto y equitativo,*** el que es debido. Con mayor precisión, un juicio oral y público.

[67] D.C. S/N de Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983, publicado en D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983, la cual entro en vigor el día veinte de diciembre de 1983.

El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes. Al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa. En suma, un procedimiento contradictorio, en el que rija plenamente el principio de igualdad de armas. De esta forma es como debe entenderse que la noción de juicio previo presupone la forma acusatoria del proceso y desde este punto de vista se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes, y en suma como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es sólo atenten al castigo de los culpables, sino también a la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable en cuanto su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del irrespeto a su dignidad personal.

3.1.1 TRASCENDENCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS.

Dentro de los que nos compete, se tiene que hacer referencia a esta garantía Constitucional al hablar de un Régimen de Protección a testigos y mucho más a la utilización de Testigos anónimos en el Proceso Penal.

Toda acción que suponga una alteración al proceso penal, debe ir en intima concordancia con lo expresado por nuestra Constitución, de ahí que existen mecanismos para atacar la Constitucionalidad de este texto legal.

Claro esta que es necesario dentro de todo marco jurídico una relación concatenada de instituciones, que permita un desarrollo optimo del embalaje jurídico, es delicado pensar que dentro de un proceso penal, en donde esta en juego mas que un interés particular sino más bien todo la seguridad jurídica de

una sociedad pensar que existan contradicciones, flagrantes violaciones a un precepto Constitucional.

Se debe hacer énfasis en la necesidad de establecer un régimen de protección a testigos, que permita una efectiva protección de estos frente a cualquier vulneración a su integridad física o personal e incluso a la de los miembros de su núcleo familiar; también es necesario que dicho régimen no entre en contradicción con la Garantía de Juicio Previo como debido proceso, porque si bien es cierto existe un interés legitimo que efectivamente tutela un derecho de gran magnitud, no se debe por ello pasar por alto otro interés que tutela el debido proceso, y que su violación estaría en menoscabo del imputado.

En la actualidad se utiliza la figura del testigo anónimo, resultando en la inobservancia de principios generales del derecho, lo que resulta en un retroceso en materia de garantías en nuestro sistema de justicia.

Es necesario señalar que la Constitución indica los parámetros que la legislación secundaria debe de respetar, con la utilización del testigo anónimo, no se esta fuera de lo legal o Constitucional, el problema radica en la discrecionalidad con que se aprueba el ocultar la identidad de los testigos a las partes en el proceso por parte de los operadores de justicia, y lo ineficaz que resulta esta medida para los testigos.

El artículo 11 de la Constitución establece que: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, no de cualquier otro de sus derecho sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes;…”

La Constitución establece la necesidad de respetar los procedimientos y principios establecidos en la ley secundaria, y en lo que respecta al proceso penal, resulta que con ocultar la identidad de un testigo, se esta violando el derecho de imputado a contar con el tiempo y medios suficientes para preparar su defensa, asimismo que no se encuentra en igualdad de condiciones

analizando que no conoce la identidad del testigo justo antes de iniciar la vista pública, afectando gravemente el principio de contradicción.

La figura del testigo anónimo no concuerda con lo expuesto en la Constitución, pues no es un verdadero arreglo a las leyes la inobservancia de reglas y principios generales de derecho, en lo referido al Régimen de Protección a testigos, nuestra Constitución no hace relación puntual sobre el asunto; pero de manera extensa hace referencia a instituciones que dentro del Proceso Penal tienen mucha importancia y son: Garantía de Juicio Previo-Debido Proceso y el Derecho de Defensa.

En el artículo 11, se hace referencia a la Garantía de Juicio Previo como Debido Proceso. al decir “Ninguna Persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos **sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes**….”

La pena solo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, estos han de utilizar el medio, que es el proceso, para imponer penas. La reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino que exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar la imputación. El procedimiento exigido por la garantía del juicio previo no es cualquier proceso. Ha de tratarse de un procedimiento jurídico regulado en la ley y acorde con los derechos individuales que se reconocen en la Constitución, es decir, ***un proceso recto y equitativo,*** el que es debido. Con mayor precisión, un juicio oral y público.

El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes. Al contrario, ha de tratarse de un procedimiento imparcial, que permita al imputado amplias oportunidades de defensa. En suma, un procedimiento contradictorio, en el que rija plenamente el principio de igualdad de armas. De esta forma es como debe entenderse que la noción de juicio

previo presupone la forma acusatoria del proceso y desde este punto de vista se corresponde con la configuración del proceso penal como un proceso de partes, y en suma como un instrumento de protección jurídica del individuo, pues su finalidad no es sólo atenten al castigo de los culpables, sino también a la protección de los inocentes, incluso del mismo culpable en cuanto su culpabilidad no podrá ser establecida a costa del irrespeto a su dignidad personal.

Dentro de los que nos compete, se tiene que hacer referencia a esta garantía Constitucional al hablar de un Régimen de Protección a testigos y mucho más a la utilización de Testigos anónimos en el Proceso Penal.

Toda acción que suponga una alteración al proceso penal, debe ir en intima concordancia con lo expresado por nuestra Constitución, de ahí que existen mecanismos para atacar la Constitucionalidad de este texto legal.

Claro esta que es necesario dentro de todo marco jurídico una relación concatenada de instituciones, que permita un desarrollo optimo del embalaje jurídico, es delicado pensar que dentro de un proceso penal, en donde esta en juego mas que un interés particular sino más bien todo la seguridad jurídica de una sociedad pensar que existan contradicciones, flagrantes violaciones a un precepto Constitucional.

Se debe hacer énfasis en la necesidad de establecer un régimen de protección a testigos, que permita una efectiva protección de estos frente a cualquier vulneración a su integridad física o personal e incluso a la de los miembros de su núcleo familiar; también es necesario que dicho régimen no entre en contradicción con la Garantía de Juicio Previo como debido proceso, porque si bien es cierto existe un interés legitimo que efectivamente tutela un derecho de gran magnitud, no se debe por ello pasar por alto otro interés que tutela el debido proceso, y que su violación estaría en menoscabo del imputado.

Actualmente podemos decir que existe un criterio amplio de aceptación del Régimen de Protección a testigos, que posibilitado por las circunstancias

propias de un proceso penal afecte en menor medida los derechos del imputado y transgreda las garantías procesales.

3.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN Y SU TRASCENDENCIA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO.

El artículo 12 de nuestra Constitución establece que “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio publico, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”

En esta disposición se ha establecido de manera genérica el Derecho de Defensa, abarcando dentro de esta categoría la defensa material y técnica, la presunción de inocencia y las garantías procesales.

El derecho de defensa forma parte de una serie de instituciones de carácter sustantivo y procesal, ideadas con el fin de eliminar el desequilibrio en que se encontraba el imputado frente a la administración de justicia.

El Proceso Penal debe estar como todo el ordenamiento jurídico conforme a estos principios constitucionales, y las instituciones y procedimientos propios del derecho procesal penal deben de adecuarse en toda medida y momento al derecho de defensa.

No obstante esto existen restricciones excepcionales al derecho de defensa, en virtud de circunstancias especiales.

En el caso del Régimen de Protección de testigos, el Código Procesal Penal discrecionalmente otorga la facultad al juez de la causa de aplicar medidas especiales, que en algunos casos resulta lesiva de derechos y garantías del imputado principalmente en la fase del juicio oral.

Trasciende al plano constitucional el hecho que se modifique sustancialmente el espíritu de la ley procesal penal, tomando en cuenta que

difiere de la idea estricta de respetar una serie de garantías necesarias para la defensa del imputado.

Debemos sentar la duda, si existe un estricto respeto al orden constitucional al posibilitar un mecanismo que produce limitantes al derecho de defensa y otra serie de garantías necesarias para hacer valer el derecho de defensa.

Es posible hablar de respeto a las garantías necesarias si no existen los medios y tiempo necesario para preparar la defensa respecto a medios probatorios, o estando en presencia de limitaciones al principio de contradicción dadas por el hecho de ocultar la identidad de un testigo.

Podemos hablar de igualdad de armas, cuando la defensa no cuenta siquiera con la oportunidad de conocer previo al juicio plenario la prueba de cargo, su origen y finalidad.

Este es un análisis que corresponde a cada caso particular, pero lo que es cierto es que la ley posibilita la existencia de estos supuestos anteriormente descritos, que para la jurisprudencia internacional y la doctrina constituyen violaciones a los principios generales del derecho.

3.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES.

El derecho internacional respondiendo a una evolución acelerada de las instituciones del derecho, ha sentado regulaciones que los Estados mas democráticos (entre los que suele agregarse a El Salvador) han ratificado, comprometiéndose a su estricto cumplimiento.

Asimismo la Constitución ha establecido un sistema de jerarquía para el cumplimiento de los Tratados Internacionales, al señalar en el artículo 144 que “Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros estados u

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."

El estado Salvadoreño ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, entre los que podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posteriormente especificaremos en que sentido dichos tratados internacionales tienen aplicación a la figura que investigamos, por el momento trataremos de la relación existente entre nuestra Constitución y dichos Tratados.

La Constitución ha establecido, como ya dijimos una relación jerárquica, dentro de dichos parámetro queda establecido que ninguna ley puede ser contraria a los tratados internacionales ratificados por nuestro país, la violación a este precepto puede someter al Estado Salvadoreño un litigio internacional, recordando que una regla importante del derecho internacional es que no puede alegarse como motivo de violación de un tratado internacional el derecho interno.

Dentro del tema que investigamos, debemos decir que la Constitución esta conforme a los Tratados Internacionales, en caso contrario el Estado Salvadoreño estaría en la obligación de reformar las disposiciones Constitucionales.

El Código Procesal Penal, debe estar acorde a la normativa Constitucional como cualquier otro instrumento normativo, asi mismo debe responder a los parámetros y limites del derecho internacional.

En caso contrario estamos frente a una inobservancia de la una ley de la república en virtud del artículo 144,

Analizaremos a continuación en que medida los tratados internacionales ahondan en lo referido al debido proceso y el derecho de Defensa, y su relación con la figura de los testigos anónimos.

3.4 LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Haremos un estudio acerca de la legislación Internacional, que de una u otra manera han establecido la existencia de garantías llámense estas individuales, procesales o sustantivas, pero que se refieren al derecho de Defensa y al Debido Proceso, no solo aquellas que están ratificadas por nuestro país sino también aquellas que consideramos importantes tomando en cuenta que valoran las figuras jurídicas desde una perspectiva mas amplia.

Existe una primacía de la Constitución sobre los Tratados Internacionales; existe además una regla de primacía del Tratado Internacional sobre las leyes secundarias, tal como lo señalan los artículos 144 y 145 de la Constitución.

Una vez que un tratado internacional es ratificado por nuestro país, se convierte en ley de la república, es decir de obligatorio cumplimiento. Es importante saber que en el derecho Internacional no puede alegarse el derecho interno ante la violación de una norma internacional ratificada, por eso es importante para cualquier estado mantener la legislación secundaria y la misma

Constitución acorde a los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por el Estado.

3.4.1 EL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros.

El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional.

El debido proceso de ley, como derecho inherente al ser humano en razón de su naturaleza, no sólo ha sido el objeto de las legislaciones internas

de cada Estado y con rango constitucional: ha rebasado esos límites y las fronteras, para ser la preocupación del orden jurídico internacional, siendo a la vez una institución o valor jurídico vigente y con fuerza obligatoria, tanto en el Derecho Público Interno, como en el Derecho Internacional Público.

En cuanto a su naturaleza, constituye uno de los llamados principios generales del derecho, con vocación universal, subyacente a todo ordenamiento jurídico particular y general, constituyendo, dentro de los mismos, un valor supremo en la escala de los valores normativos o fuentes que implica las siguientes consecuencias:

a) Su observación o aplicación procede siempre, aún cuando no sea formulado por ninguna norma legislativa, constitucional, ordinaria o tratado internacional, porque es parte de todo el ordenamiento jurídico general y particular.

b) Tiene una vocación universal, es común a todo ordenamiento y sistema jurídico sin excepción.

c) Es trascendente en el tiempo y el espacio, por aplicarse a todo individuo en cualquier época o lugar donde se encuentre.

Encontramos, pues, que la comunidad internacional, constituida por los distintos Estados, ya sea como órgano mundial de organización de los Estados (como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–), ya como organización regional de Estado (como la Organización de Estados Americanos –OEA–), a través y como fruto de las diferentes conferencias y asambleas generales celebradas periódicamente por esas organizaciones de Estados, han logrado establecer acuerdos o tratados entre ellos, que sancionados por el órgano legislativo de cada Estado, adquieren el rango de norma vigente en el ordenamiento interno, equiparable y de igual naturaleza, o colocados en el sistema de fuentes o valores del mismo con el mismo rango que la Constitución. Así resulta en el caso de nuestro país, y al mismo tiempo como norma vinculante entre los diferentes Estados en el ordenamiento internacional.

3.4.1.1 NORMATIVA INTERNACIONAL

Diferentes normativas internacionales ratificadas y sancionadas por los Estados, consagran y reconocen nuestro principio entre los cuales cabe destacar.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. 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.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
(Declaración Americana)

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe 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 consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se

demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. 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, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se 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:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa 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;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable,

Convención Europea de Derechos Humanos

Artículo 6

Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

3.4.1.2 RESEÑA DE LA NORMATIVA

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra entre los derechos inherentes a todos los miembros de la familia humana el de tener un recurso ante los tribunales competentes independientes e imparciales, para el amparo de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, con acceso a los mismos en condiciones de igualdad y en juicio público (arts. 10 y 11);

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de justicia como uno de los derechos esenciales del hombre, que consiste en aquel de concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y de ser juzgado de acuerdo a las leyes (art. 18 y 19);

Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana dedicadas al debido proceso son similares y extensas. Una parte de la normativa más pertinente, la contenida en el artículo 14.1 del PIDCP y artículo 8.1 de la Convención Americana, es aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte medular de la normativa consagra la independencia del tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. La otra parte de la normativa pertinente, contenida en los demás párrafos del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención, es aplicable principalmente a la justicia penal.

A pesar de la complejidad de las normas sobre el debido proceso, las diferencias entre la normativa universal e interamericana son básicamente de forma y no de fondo. El derecho a hallarse presente en el proceso, reconocido por el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, y el derecho de comunicarse con su defensor, plasmado en el apartado d) del párrafo 2 del

artículo 8 de la Convención Americana, son las únicas garantías consagradas por uno de estos instrumentos y no por el otro.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos consagra como uno de los derechos esenciales del hombre, por ser un atributo de la persona humana que transciende su nacionalidad, el de ser oído con las debidas garantías y plazo razonable por una jurisdicción competente, independiente, natural e imparcial en toda contestación de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8,).

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce y sanciona entre los derechos inherentes a la dignidad humana, iguales e inalienables el de concurrir en condiciones de igualdad ante el tribunal competente, independiente, imparcial y establecido por la ley para, en un juicio público y con las debidas garantías, obtener la sustanciación de todo proceso civil o penal (art. 14 y 15);

Desde el punto de vista jurisprudencial internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH) ha definido el debido proceso como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[68]

La Corte observa que la expresión “garantías judiciales“, *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho (…) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”[69] No obstante, el uso de la expresión “garantías judiciales” como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

---

[68] “El Debido Proceso en las Decisiones de los Órganos de Control Constitucional de Colombia, Perú y Bolivia”, en http://www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm.

[69] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

3.4.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Dos son los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos que establecen el derecho de defensa en el marco del debido proceso en la Organización de Naciones Unidas, éstos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), aprobada el 10 de Diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[70] (en adelante PIDCP), siendo el contenido de uno de ellos más explícito respecto de esta garantía.[71]

El hecho de aparecer consagrado en el PIDCP, denota la preocupación que a nivel internacional existe en torno a las garantías procesales que las distintas legislaciones deben brindar a sus habitantes. Nos parece que la redacción del PIDCP se acerca mucho más al ideal de consagración internacional, pues hace referencia en forma específica a ciertos aspectos de la defensa que son trascendentales, *como lo es el interrogatorio de testigos*. Esto más aún si consideramos que concede a la defensa la facultad de interrogar a ambos tipos de testigos, tanto de cargo como de descargo, en las mismas condiciones.

La norma es clara, por lo tanto deberíamos entender que según el PIDCP quedaría prohibido a los tribunales de los Estados Parte ocultar a la defensa la identidad del testigo, pues esto significaría romper la regla anteriormente

---

[70] Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, cuya entrada en vigor fue el 23 de Marzo de 1976, según el artículo 49 para todas sus disposiciones, con excepción del artículo 41, el cual entró en vigor el 28 de Marzo de 1979.

[71] Es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su Art. 11 Nº 1: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan **asegurado todas las garantías necesarias para su** defensa."

En una redacción mucho más extensa y acabada de la garantía, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, en su Art. 14 Nº 1 establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente […]". Por otra parte, y en relación con el tema que nos interesa, señala en su Art. 14 Nº3: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) 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 la mismas condiciones que los testigos de cargo".

señalada que ordena que ambos tipos de testigos sean interrogados en las "mismas condiciones", toda vez que sólo los testigos de descargo revelarían en ese caso su identidad, manteniéndose reservada para la defensa la de los testigos de cargo.[72]

Por otro lado, en el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos[73] (en adelante CADH), regula las garantías judiciales en su artículo 8.[74] En este instrumento internacional sí encontramos alguna innovación respecto del derecho de defensa, al conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Éste es un punto sin duda relevante, pues es precisamente dentro de lo que se designa como "medios adecuados" que se encuentra la posibilidad que debe tener la defensa de conocer la identidad del testigo, desde que es ésta la que va a permitir a la misma efectuar las preguntas conducentes a desvirtuar las declaraciones del testigo, finalidad perseguida en el juicio por el contra interrogatorio.[75]

---

[72] Naciones Unidas ha señalado en un comunicado de prensa, que: "En ningún caso las normas de los tribunales penales internacionales u otros órganos de derechos humanos consagran la existencia de fiscales o testigos secretos. Las disposiciones que en materia de protección de testigos y víctimas adoptan esos tribunales y órganos son plenamente compatibles con los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de garantías para asegurar un juicio justo e imparcial. En estos tribunales u órganos la única excepción sobre la reserva de identidad de testigos y víctimas, o la publicidad de las audiencias y de las informaciones está dirigida al público en general y no al acusado", y que "ninguna norma del Estatuto del Tribunal da pie para sostener que dentro de sus procedimientos actuarán testigos y fiscales con reserva de identidad". "Comunicados de Prensa", en http://www.hchr.org.co/publico/ comunicados/ 1999/imprimir.php 3?texto =cp9913.txt.

[73] Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

[74] Art. 8:"Garantías judiciales".

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (…).

2. (…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación adecuada de su defensa.

f. derecho de la defensa 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.

[75] Esta doctrina ha seguido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una de las recomendaciones que ha hecho a Colombia, en la que ha señalado que la existencia de procedimientos secretos para la presentación y la deposición de testigos, contradice los postulados de la Convención Americana. "Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia", en

En el ámbito Europeo, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en adelante CEDH, regula el tema en su artículo 6º número 3.[76] Como lo ha señalado Javier Zaragoza, uno de los componentes esenciales del derecho a un proceso equitativo reconocido por la CEDH es el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, pero su ejercicio puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos a cuya tutela está igualmente obligado el ordenamiento jurídico, cuales son los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas que pueden verse en una situación de riesgo o de peligro como consecuencia de su participación en el proceso, sean éstos acusados, testigos o peritos.[77]

Claramente se establece el derecho a preparar la defensa en el art. 6.3 b) CEDH que: *"todo acusado tiene como mínimo, derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa».*

Igualmente, la contradicción y la igualdad de armas en el desarrollo de la prueba. El derecho a una obtención con garantías de la prueba, establecidos en el art. 6.3. d) CEDH, que: "todo acusado tiene, como mínimo, derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de la acusación y a que se cite e interrogue a los testigos de la defensa en las mismas condiciones que a los propuestos por la acusación".

Como barreras infranqueables que el art. 6 impone, resultarían las siguientes: a) siendo, *a priori*, admisible el secreto de la identidad de los testigos y peritos (a proteger frente a terceros) en la fase policial y judicial instructora,

---

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/ documentos/html/informes/osi/ cidh/CIDH%202o%20Informe%20Colombia%20Concl%20y%20Recomend.html.

[76] "Todo acusado tiene, como mínimo los siguientes derechos: d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra".

[77] ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, "La Protección de Acusados, Testigos y Peritos en Causas Criminales en el Ordenamiento Jurídico Español, Ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica 19/94. El Problema de los Testigos Ocultos y Anónimos", en http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/ Ponencias/Indexpon encias.htm

las informaciones y datos incriminatorios que pudieran aportar los "infiltrados", nunca cabría utilizarlos en la forma de "declaraciones anónimas", ni podrían servir de prueba única fundamentadora de una condena; b) en última instancia, principios o derechos como el de igualdad de armas, contradicción y defensa, exigen que en la fase de juicio oral la parte acusada siempre pueda conocer qué personas o quiénes son los que se manifiestan como eventuales testigos o peritos de cargo; c) ya conocida la identidad de tales testigos o peritos en el plenario (tanto por el Tribunal, como por las partes) -no pudiendo por ello calificarse su testimonio de anónimo-, no existe obstáculo legal insalvable para que permanezcan ocultos en la sesión del juicio oral, siempre que se posibilite las exigencias mínimas de la norma.

3.4.2.1 EL DERECHO A LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA

En su Observación General No. 13 el Comité de Derechos Humanos señala que el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa incluye el derecho de “acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa.” La jurisprudencia sobre el alcance de esta garantía no es extensa. En el caso Yaseen y Thomas, el Comité confirmó que la desaparición de los diarios, libretas de apuntes y registros de la policía relativos a la investigación de los hechos, que posiblemente contenían pruebas de utilidad para la defensa, representaba una violación de los incisos b) y e) del tercer párrafo del PIDCP[78].

[78] Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.10.

3.4.2.2 EL DERECHO A PRESENTAR TESTIGOS Y CONTRA INTERROGAR TESTIGOS DE CARGO

El derecho de un acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” está plasmado en el artículo 14.3 e) del PIDCP. El artículo 8.2 f) de la Convención consagra el “derecho de la defensa 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.”

La jurisprudencia también está condicionada, en cierta forma, por la presunción de que la forma como un juez ejerce su discreción sobre la admisibilidad y relevancia de una prueba no es violatoria del debido proceso. Como bien ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el artículo 14.3 e) no confiere un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo a petición del acusado o de su abogado[79].

3.4.3 LOS MEDIOS PROBATORIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Los Tratados Internacionales no establecen procedimientos únicos para la obtención, producción y valoración de la prueba, seria superfluo considerando que existe una gran gama de normativas de este tipo en el derecho interno.

No obstante esto, los tratados Internacionales han establecidos parámetros como limites mínimos para hablar ciertamente de verdaderos

[79] Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992);

medios de prueba, y las cuales hemos mencionado ya dentro del debido proceso y el derecho de defensa.

Por ello, comentamos refiriéndonos al debido proceso, la necesidad imperiosa de contar con garantías mínimas en el proceso, y estas no solo abarcan el juicio, sino cada una de las etapas procesales, desde la detención administrativa hasta la sentencia; Así mismo para posibilitar la Defensa efectiva del imputado es necesario que este cuente con la oportunidad de producir prueba, de contradecirla, de preparar una estrategia en contra de la prueba de cargo.

Los medios probatorios siempre y cuando sean lícitos, es decir aceptados como tal por la legislación, y sean legítimos, entendidos como aquellas pruebas obtenidas conforme a las reglas establecidas y en respeto a las garantías, responden a las expectativas de los tratados internacionales antes descritos y que se refieren de manera general al debido proceso y el derecho de defensa.

Una vez verificado en los medios de prueba la garantía del debido proceso, es indispensable también procurar el cumplimiento efectivo del derecho de defensa respecto de esos medios probatorios.

Y resulta conforme a los presupuestos de los tratados internacionales, el que se posibilite a los imputados la información sobre las pruebas de cargo para preparar en igualdad de condiciones su defensa, asimismo es necesario el tiempo necesario para posibilitar un verdadera contradicción de las pruebas durante la tramitación del proceso, máxime en el desarrollo del juicio oral, donde impera la contradicción y la oralidad.

Para que el derecho a la defensa tenga verdadero significado, el acusado ha de tener derecho a estar presente en su juicio y a defenderse personalmente. El acusado también tiene derecho a ser asistido por un defensor. El derecho a ser asistido por un defensor incluye el derecho a elegirlo

o, cuando lo exige el interés de la justicia, el derecho a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente en caso necesario.

El acusado y su abogado, de tenerlo, han de disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Asimismo, el acusado debe disponer de una oportunidad igual a la de la acusación para presentar sus argumentos que incluye el derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos.

3.4.3.1 NORMAS PERTINENTES

Artículo 14.3.d del PIDCP:

«Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;»

Artículo 8.2.d de la Convención Americana:

«Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se 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: [...]

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; [...]»

3.5 REGIMEN DE PROTECCIÒN A TESTIGOS DEL CODIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO Y LA VIOLACION A LOS DERECHOS Y GARANTIAS.

Casado Pérez y otros, en el Código Procesal Penal comentado relacionan respecto al tema que “El Régimen de protección de testigos y peritos fue establecido por DL 281/2001, de 8 de febrero, mediante la adición al Código Procesal Penal (de hoy en adelante CPP) de los artículos 210-A a 210-G, que establecen un sistema de protección de testigos y peritos parecido al de la ley española[80], con la salvedad de que no se prevé el cambio de identidad del testigo o perito ni la habilitación de fondos públicos para la reubicación residencial y laboral del mismo.

La intención inicial del legislador parece haber sido la promulgación de una ley especial de aplicación a cualquier tipo de proceso, como lo acreditan los últimos incisos de los Arts. 10-D y 210-E, en los que respectivamente, se hace referencia a la posibilidad de aplicar las normas de protección a procesos distintos de los penales y se menciona por error la palabra decreto (210-E). Sin embargo, finalmente se opto por aplicarlas medidas solamente a los testigos y peritos de actos delictivos que intervengan en procesos penales, sea en sede administrativa o judicial, es decir por razón de su intervención ante la Policía, la Fiscalia o el Órgano Judicial.

Por otro lado, la adopción de las medidas de protección tiene carácter discrecional, en el sentido de que tendrá que valorarse previamente por la autoridad que corresponda si existe o no racionalmente una situación de peligro para la persona o bienes del testigo o perito, o para los de sus familiares. Solamente la victima del delito, o sea o no testigo de la causa, establece el Código que tendrá derecho a que no se revele su identidad, ni la de sus familiares, cuando sea menor de edad, lo solicite la propia victima o la

[80] Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos.

revelación de su identidad pueda implicar un peligro evidente para la misma (Art. 16.3 CPP).

Los destinatarios de las medidas son los testigos y peritos en causas criminales, y la victima del delito (Art. 210-G), sea o no testigo de la causa, cuya protección, puede tener carácter preceptivo, porque bastará para su aplicación con que la solicite la propia victima (Art. 13.6 CPP), siempre que no afecte el derecho de defensa del imputado.

Desde el punto de vista material, podemos sintetizar las medidas de protección previstas en la legislación Salvadoreña de la siguiente forma:

a) *Medidas Genéricas de protección policial y asesoramiento legal:*

- La asignación de una protección policial especial que deberá otorgarse desde que exista el mas mínimo indicio de peligro hasta que dicho peligro racionalmente pueda darse por finalizado, lo que por lo general ocurrirá bastante después de que haya concluido el proceso.
- Como instrumento de dicha protección, la ley dispone específicamente que se le facilite a la persona protegida un vehículo oficial y que se emplee un local reservado, para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, donde deberá prestar testimonio. El local en cuestión deberá facilitarse a la persona protegida allá donde será requerida oficialmente su comparecencia (Policía, FGR, Juzgado o Tribunal).
- Además, se establece una posible protección jurídica e incluso psicológica, en el sentido de que la persona amenazada deberá recibir, si lo solicita, asesoría legal gratuita sobre aspectos relacionados con su situación procesal. Dicha asesoria debe ir acompañada lógicamente de medidas de protección complementaras contra cualquier tipo de amenaza, hostigamiento y daños, lo que incluye el ejercicio de la acción

penal por la FGR contra quienes amenazaren o inquietaren de alguna manera al testigo o perito.

b) Medidas de preservación de la identidad e imagen del testigo o perito durante la fase de Instrucción

- La no constancia en las diligencias judiciales de cualquier dato que permita la identificación del testigo o perito: nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión.
- La asignación a aquellos de un número o clave secreta para su identificación procesal.
- La realización de las citaciones y notificaciones de manera reservada.
- La utilización, durante la práctica de cualquier diligencia, de cualquier medio que imposibilite su identificación visual: mamparas de separación, uso de pelucas y gafas.
- El establecimiento durante las comparecencias del testigo o perito de una zona reservada fuera de la sala de audiencia, debidamente custodiada, donde permanecerán antes y durante su declaración.
- La prohibición de hacer fotografías al testigo, perito o victima protegidos y de registrar su imagen por cualquier medio de reproducción, debiendo confiscarse o secuestrarse en el acto el material fotográfico o fílmico utilizando para la reproducción de la imagen de la persona protegida.

C) Medidas de preservación de la imagen, pero no de la identidad, durante la fase del juicio plenario:

- La ubicación del testigo o perito en una zona reservada fuera de la sala de audiencia, debidamente custodiada, donde permanecerán antes y durante su declaración.
- La prohibición de reproducir la imagen de la persona protegida por cualquier medio.

- La utilización, durante la declaración del testigo o perito, de medios que impidan ser visto por el imputado.

D) Medios posteriores a la celebración del juicio oral:

- *Notificación de la sentencia recaída en primera y segunda instancia.*
- *Información sobre la posible evasión o próxima puesta en libertad del condenado.*

Como vemos, algunas de las medidas de protección son de carácter extraprocesal y, por tanto, intrascendentes desde un punto de vista de la afectación del derecho de defensa; otras, por el contrario, deben ponderarse en su aplicación en función de su alcance procesal. Son medidas extraprocesales: la protección policial, la puesta a disposición de un vehículo oficial, la prohibición de hacer fotografías y la obligación de facilitarles asistencia legal e información sobre el desarrollo y resultado del proceso y sobre la situación personal del imputado. Son medidas procesales: la preservación de su imagen e identidad del testigo o perito durante la instrucción y la preservación de su imagen y la restricción de la publicidad durante el plenario o práctica de prueba anticipada.

La ocultación de la identidad del testigo, incluso si se trata de la victima del delito en los casos previstos en el art. 13.6 CPP, solo puede tener lugar hasta el preciso momento de la celebración del juicio oral. Si leemos detenidamente el art. 210-D del CCP, se observa, por una parte, que la preservación de la identidad, mediante el empleo de medidas que establece el precepto, se hará sin perjuicio de la acción de la contradicción que asiste a la defensa del procesado, y, por otra, la no revelación de la identidad del testigo se refiere específicamente a las diligencias que se practiquen, pero no al acto supremo del plenario. Durante el mismo, el derecho de defensa exige conocer con cierta antelación la identidad del testigo o perito, con el fin, si fuera preciso,

de acreditar su falta de credibilidad o la existencia de un motivo de falta de idoneidad en el perito.

En el art. 315 CPP establece que, presentada la acusación, el juez de instrucción pondrá a disposición de todos los convocados a la audiencia preliminar las actuaciones y evidencias, para que puedan consultarlas en un plazo común de cinco días. Obviamente, dicha norma no será de aplicación en el caso de que la autoridad judicial correspondiente –juez de instrucción y ratificación posterior del tribunal de sentencia- se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo- sea o no victima del delito, el art. 13.6 CPP establece el derecho a que no se revele su identidad ni la de sus familiares; y para los testigos y peritos en situación de riesgo, el art. 210-D prevé la misma medida de preservación de identidad.

La preservación de la imagen del testigo protegido en determinadas circunstancias no tiene porque afectar a la regularidad del proceso, aunque existen procesalistas que opinan lo contrario.

También resulta legitima, siempre que existan razones para ello, limitar la publicidad de la audiencia mientras declara el testigo o perito protegido. El art. 327, inciso 1º CPP, que se reitera básicamente en el art. 272 CPP, establece que el tribunal podrá ordenar por resolución fundada la reserva total o parcial de un acto procesal cuando, entre otras razones, lo exija el interés publico o este previsto en una norma especifica. En el caso de la protección de testigos o peritos, existe un interés público en el correcto funcionamiento del derecho estatal a la persecución penal y en la efectividad del derecho de la victima a la tutela judicial. La posibilidad de declarar en una “zona de exclusión” (art. 210-D), o en un “local reservado para el uso exclusivo” (letra g. del mismo articulo) del testigo o perito protegido es, por otra parte, la norma especifica a que aluden los art. 272 y 327, habilitantes de la no publicidad.

Es mas no seria descabellado dar validez a la declaración por videoconferencia desde un lugar alejado de la sala de audiencia. El imputado

presenciara la declaración a distancia, pudiendo siempre comunicarse telefónicamente con su abogado. Lo ideal, no obstante, es que se produjese una modificación puntual del Código en ese sentido, que regulase también el testimonio a distancia de los testigos o peritos residentes en el extranjero. Al respecto, la declaración debería de realizarse en la fase de instrucción darle valor de prueba anticipada, para lo que seria preciso levantar un acta y remitirla al tribunal de sentencia con la correspondiente grabación y la expresa manifestación del juez y las partes sobre la fiabilidad del resultado de la diligencia.

Debe tenerse en cuenta que la existencia de un temor fundado de que un testigo se oculte o ausente constituye un presupuesto de la declaración testifical anticipada (art. 190, 270 CPP), que serviría para probar los hechos en el plenario mediante su lectura (art. 330.1 CPP). La referencia del articulo 190 CPP a la posibilidad de que un testigo se oculte o se ausente se puede conectar lógicamente a la amenaza y al miedo como causa de dicho comportamiento. En esta situación podría incluso hablarse de irreproducibilidad de la declaración en el juicio oral en términos de veracidad. Este, precisamente, parece ser el fundamento del art. 270, inciso 5º, CPP, adicionando por DL 487/2001, de 18 de julio, a cuyo tenor “en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderán necesaria la practica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este articulo.

Para finalizar, teniendo en cuenta las medidas concretas de protección que establece la ley salvadoreña y los destinatarios de la misma, se pone de manifiesto su insuficiencia y la eficacia relativa de las mismas. La realidad del país son las graves y frecuentes amenazas a los testigos de graves hechos delictivos, cuando no, en casos extraordinarios, la simple eliminación de los mismo. Dicha realidad debe ser enfrentada por las instituciones publicas que intervienen en la investigación y enjuiciamiento de los delitos, a partir del convencimiento de que la drástica reducción del grado de impunidad y la

percepción de ello por la opinión publica es el medio mas eficaz de protección de quienes se ven obligados, moral y jurídicamente, a colaborar con la administración de justicia"[81].

3.5.1 EL DEBIDO PROCESO Y EL TESTIGO ANÓNIMO DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

Los comentarios anteriormente trasladados, mencionen a gran escala ciertos parámetros y límites a que debe sujetarse la aplicación de las medidas de protección.

Asimismo, el Código Procesal Penal respondiendo a principios generales del derecho establece parámetros generales de estricto cumplimiento dentro del proceso penal, con apego a las normas Constitucionales y los Tratados Internacionales, y que constituyen caracteres innegables de todo Estado de Derecho.

La posibilidad de reservar la identidad de un testigo, que a juicio del juez se encuentre en una situación de peligro, constantemente resulta en un retroceso en materia de garantías y mas específicamente en lo que se refiere al debido proceso y el derecho de defensa.

3.5.1.1 LA IGUALDAD DE LAS PARTES Y SU VULNERACIÓN POR EL ANONIMATO DEL TESTIGO.

El primer elemento que señalaremos se refiere a la igualdad de las partes, considerado como un elemento sustancial y dogmáticos del proceso; el cual concretamente se ve afectado por la utilización de la figura del testigo

[81] Código Procesal Penal Comentado. CASADO PEREZ y otros. Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

anónimo, en razón de limitar a las partes los mismos medios de ataque y de defensa.

En este sentido debemos especificar, que el hecho de ocultar a la defensa la identidad de un testigo, ubica en desventaja a la parte defensora que no tiene la posibilidad racional de hacer valer sus alegatos.

Esta desventaja se magnifica al momento del juicio oral, en el cual la defensa acude sin conocer previamente la identidad del testigo razón que impide preparar un contra interrogatorio para desvirtuar la declaración o la persona del testigo.

El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación, cuestión que se ve atacada gravemente con la permisibilidad que da la ley de ocultar la identidad de un testigo hasta el momento del plenario.

La exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria. De esta forma se trata de reducir al mínimo el desequilibrio real que en el proceso penal existe entre quien acusa y quien soporta la acusación, dotando al imputado de facultades equivalentes a las de los órganos encargados de la persecución penal para defenderse de la imputación. Por ello, frente a cada alegato, prueba o en general actividad procesal desarrollada por una de las partes debe reconocerse a la contraria la posibilidad de desarrollar otra equivalente. Considerando lo planteado anteriormente la ley posibilita vulnerar esta exigencia a juicio discrecional del juez de la causa, ocasionando un desequilibrio entre las partes al imposibilitar al defensor contradecir la imputación que es basada en el dicho de un testigo desconocido por este.

Como última valoración al respecto decimos que la igualdad de las partes debe ser considerada en todo el proceso, en el sentido de tener acceso y

conocimiento en igualdad de condiciones de todas las situaciones relacionadas al proceso, y más íntimamente en lo que respecto al plano de los medios probatorios.

3.5.1.2 LAS GARANTÍAS DE ORDEN PROCESAL Y SU VULNERACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL TESTIGO ANÓNIMO.

Se ha establecido por el Código Procesal Penal una seria de reglas procedimentales que constituyen un orden irrestricto y concatenado de principios y garantías de las que se exige el integro cumplimiento de los mismos. Estas reglas constituyen parte esencial del debido proceso y por lo tanto no deben de pasarse por alto por regla general.

Una de estas garantías es la que se refiere al Derecho de Aportación de Prueba, la que permite a las partes dentro de proceso ingresar a la esfera de conocimiento del juicio elementos probatorios de manera licita y legitima.

Este supuesto esta limitado por la misma ley a establecer un momento procesal oportuno para aportar las pruebas, así como unas reglas de exclusión de aquellos medios probatorios que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley.

La ocultación de identidad de los testigos, vulnera este principio en el sentido que por regla general existe un principio de comunidad de la prueba, que permite a las partes tener conocimiento de los medios que se aportan al proceso sin importar su contenido, origen o finalidad. La producción en el juicio plenario de un testimonio anónimo es el resultado del total desconocimiento por las partes, el derecho a aportación de prueba lleva conexo el principio de contradicción (del que hablaremos posteriormente), al existir una prueba de cargo la defensa necesita en todo caso un medio de prueba que ingrese al

proceso algun elemento de permita destruir lo que se pretende establecer con la prueba de cargo.

En este momento nos preguntamos, si es posible aportar medios de prueba (dígase testigos, documentos, etc.) que puedan desvirtuar el testimonio de una persona que se desconoce en todo momento?. Se ha imposibilitado materialmente al desconocer cualquier dato que permita establecer un grado de duda sobre la certeza de lo dicho por un testigo anonimo mediante otro medio probatorio. No es objeto del proceso llevar a juicio la credibilidad de un testimonio, pero si es necesario para la defensa desvirtuarlo para provocar un grado de duda razonable que haga prevalecer la presunción de inocencia.

Otro elemento esencial que constituye una garantía de orden procesal, es el principio de contradicción, este elemento se concretiza en todo acto en donde las partes se vean confrontadas directamente principalmente en el acto del juicio plenario. Este principio posibilita a ambas partes discutir y contradecir las observaciones, alegatos y elementos producidos por la parte contraria.

Este principio toma mayor realce al momento del examen de los testigos, ya que es donde las partes tienen la posibilidad directa de ejercer un control sobre el contenido de los medios de prueba, y los cuales son los que valora el juez al momento de dictar sentencia.

Este principio se vulnera gravemente en el supuesto de los testigos anónimos, la defensa en su caso tiene la oportunidad procesal de ejercer el contra interrogatorio, el cual se ve limitado a versar sobre los datos arrojados por el interrogatorio, cuestión que se vuelve mas delicada en los casos de prueba anticipada, donde las reglas del juicio oral son limitadas.

Debemos de señalar que la posibilidad del juzgador de percibir las reacciones faciales, de comportamiento, de tono de vos, permiten hacer una mejor valoración, datos que se ven pormenorizados en razón de encontrarse el testigo fuera de la esfera visual de los juzgadores.

Existen un sin fin de reglas que constituyen parte esencial del debido proceso, pero nos hemos limitado a señalar a aquellas que resultan vulneradas en la utilización de la figura del testigo anonimo en los procesos penales.

3.5.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU VINCULACIÓN CON EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

Es necesario dentro de un verdadero estado de derecho, que se establezcan los medios necesarios legales y materiales a todos los sujetos intervinientes en un proceso penal para que se encuentren en igualdad de condiciones.

El derecho de defensa posibilita al imputado la oportunidad de intervenir en el proceso con la finalidad de preservar sus derechos durante el proceso los cuales corren peligro en razón de la imputación procesal.

Para que exista una verdadera igualdad de partes se le imponen principalmente al órgano jurisdiccional determinadas obligaciones procesales que en esencia son reglas o presupuestos dentro del proceso, y aunque la aplicación de un régimen de protección consistente en la figura del testigo anónimo responde a reglas procesales, no puede ejecutarse las mismas en detrimento de otras de igual jerarquía, y que con su inobservancia vulnera principios generales del derecho.

El derecho de defensa reviste un carácter contradictorio que se supone que las partes están en pie de igualdad ante un tercero imparcial, pero la aplicación del régimen de protección a testigos menoscaba el derecho defensa del imputado puesto que le limitan las posibilidades de ejercer una buena defensa, Si bien la identidad del testigo debe ser protegida esta debe ser revelada con antelación para poder acreditar su falta de credibilidad, así lo exige el derecho de defensa. Bajo este supuesto se imposibilita el derecho del

imputado de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y hacer comparecer a los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo y así ejercer la acción de la contradicción.

A partir del hecho que la defensa técnica y material desconoce en su totalidad la identidad del testigo durante la fase de instrucción, identidad que viene a conocer al momento de la vista publica y que por lo tanto le impide un efectivo control de la prueba. Así, pues, esta practica viola el derecho de defensa del imputado, El derecho de defensa garantiza que ambas partes cuenten con el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa que es un principio de fundamental de igualdad de condiciones, en donde ambas partes deben de tener garantizado el tiempo suficiente para preparar y presentar sus argumentos en el proceso. El imputado esta casi imposibilitado para preparar su defensa si no conoce la identidad del testigo que declarara en su contra, por lo tanto, no podrá, desvirtuarlo o preparar un correcto contrainterrogario o hacer uno deficiente. El imputado no podrá acceder a circunstancias personales del testigo (relaciones familiares, de amistad, de enemistad, intereses económicos, pleitos pendientes, etc. que puedan existir, ya sea entre el imputado y el testigo o entre el testigo y la víctima), o demostrando talvez antecedentes del testigo, de diversas naturalezas (drogadicción, alcoholismo, reputación, condenas por falso testimonio, etc.), que lo hagan poco creíble, y así desvirtuar su declaración y restar valor probatorio. Lo que supondrá una desventaja en contra de su adversario que tuvo todo el tiempo necesario para preparar al testigo para un interrogatorio directo.

3.5.2.1 LA IGUALDAD DE ARMAS COMO PARTE DEL DERECHO DE DEFENSA Y SU IMPLICACIÓN RESPECTO AL TESTIGO ANONIMO.

Consideramos anteriormente la igualdad desde una perspectiva relacionada al debido proceso, hoy lo comentaremos en relación al Derecho de Defensa.

El derecho a la igualdad de armas se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación. Por ello, se dice que un aspecto que incorpora la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el derecho que se reconoce al imputado en relación con la producción de la prueba como derecho a probar y a controlar la prueba del adversario.

En este sentido la figura del testigo anónimo, limita en gran proporción la posibilidad de la defensa de interactuar con el testigo de cargo en igualdad de condiciones, somete al defensor a intervenir en la prueba en clara desventaja respecto al acusador por desconocer hasta momento antes del examen probatorio cualquier dato que pueda controvertir.

La exigencia de preservar el principio de igualdad de armas dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria, es vulnerado por la utilización del testigo anónimo, al no ser eficaz la posibilidad de defenderse en igualdad de condiciones, desnaturalizando con ella la esencia propia del derecho de igualdad de armas.

La igualdad de condiciones, que debe observarse durante todo el proceso judicial, significa que ambas partes deben ser tratadas de forma que se garantice su igualdad en relación a los procedimientos judiciales y su igualdad para exponer su argumentación. Significa también que cada parte debe disponer de una oportunidad razonable para exponer sus argumentos, en condiciones que no la sitúen en desventaja frente a la parte contrincante. Efectivamente el anonimato de un testigo somete a la defensa a muy pocos

datos irrelevante que pueden ser desvirtuados, limitándose poder contra argumentar lo dicho por el testigo.

En el proceso penal Salvadoreño, en los que la acusación tiene a su disposición a toda la maquinaria del Estado, el principio de igualdad de condiciones es una garantía esencial del derecho a la defensa. Este principio garantiza que la defensa dispone de una oportunidad razonable para preparar y presentar sus argumentos en igualdad de condiciones que la acusación. Comprende el derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, e incluye la obligación de que la acusación revele toda la información pertinente. También incluye el derecho, a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos, Este principio de igualdad se quebrantaría, por ejemplo, si el acusado no tuviera acceso a información necesaria para preparar su defensa, si se negara al acusado acceso al testimonio de peritos.

En base en lo anterior podemos señalar que la defensa no cuento con el tiempo ni los medios necesarios para preparar y presentar los argumentos que permitan sostener la inocencia del imputado, al permitirse la utilización del testimonio anonimo dentro del proceso penal.

El derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos garantiza a la defensa la oportunidad de hacer preguntas a los testigos que prestan declaración en favor del acusado y a refutar el testimonio de los que lo hacen en contra. El interrogatorio de testigos tanto por la acusación como por la defensa permite al tribunal oír los testimonios y las refutaciones de estos testimonios. Cuestion que se vulnera al impedir a las partes procesales conocer cualquier dato que pueda identificar al testigo oculto, y permita refutar su testimonio o su credibilidad.

El derecho del acusado a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa incluye el derecho a preparar el interrogatorio de los testigos de cargo. Existe, pues, una obligación implícita de la acusación de comunicar a la defensa, con la adecuada antelación, la lista de los testigos de

cargo que piensa hacer comparecer en el juicio. El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo significa que todas las declaraciones deben normalmente exponerse en presencia del acusado en una audiencia pública, que permita refutar los testimonios y examinar si los testigos son fiables y dignos de crédito. Aunque se permiten excepciones a este principio, éstas no deben infringir los derechos de la defensa.

La utilización de la declaración de un testigo anónimo (es decir, de un testigo cuya identidad no es conocida por la defensa en el juicio), viola el derecho del acusado a interrogar a los testigos, al privar a éste de la información necesaria para cuestionar la fiabilidad del testigo. La utilización de declaraciones de testigos anónimos puede hacer injusto el proceso. Diversos tribunales internacionales como la comisión interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos se han manifestado inconformes con la utilización del testigo anónimo pues consideran que las declaraciones de los testigos deben realizarse con normalidad en la audiencia pública y que si bien existen excepciones estas no deben infringir el derecho de defensa y de igualdad de armas.

3.6 ANALISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS de 25/05/2006

En El Salvador se venia dando hace un tiempo, aunque no existían estadísticas oficiales fiables, un aumento imparable de los supuestos de incomparecencia de testigos a las audiencias orales o vistas publicas por temor o por consumadas amenazas de parte de los imputados en los procesos penales. Se dio una respuesta legislativa mediante las reformas al Código Procesal Penal al crear el Régimen de Protección a Testigos enfocándose en la utilización de mecanismos tendientes a reservar la identidad de los testigos, y

que desencadenaron la utilización de la figura del testigo anónimo. Pero dicha norma no sirvió para eliminar definitivamente el problema pues no era lo suficientemente incisiva por falta de instituciones efectivas, no evito la imperiosa necesidad de crear otro tipo de instrumentos en este caso la ley especial para la protección de victimas y testigos para tratar erradicar el problema, y valorando el hecho que todo el régimen de protección de testigos se ha convertido en un mecanismo que posibilita, la infracción de garantías como el debido proceso y el derecho de defensa.

3.6.1 FINALIDAD.

Los fines propuestos por determinada ley son irreprochables pero el tiempo que falta aun para su aplicación solo conduce al escepticismo respecto a los resultados prácticos que esta deberá ofrecer dado la falta de desarrollo reglamentario de muchos contenidos de la ley.

La lectura de los considerándos de la ley demuestra de que en muchas ocasiones los ciudadanos no colaboran, o lo hacen a regañadientes o, si se prefiere, desatienden el deber constitucional y legal de cooperar con los autoridades policiales y con la Administración de Justicia, por causa de sentir miedo o temor a enfrentarse con el acusado o personas de su entorno y/o sufrir eventuales venganzas o represalias de los mismos, en particular, cuando el testigo lo es la propia víctima del delito. Los fines de la ley son generar confianza, seguridad y protección verdadera al que por sentirse atemorizado se niega a colaborar con el *"ius puniendi"* del Estado.

Los objetivos de la ley vienen dados en su articulo 1 al señalar que dicha ley tiene por objeto crear las medidas de protección y atención que se proporcionarán a las 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, peligro que pueda provenir de personas para la cual su testimonio pueda ser utilizado en su contra como prueba de cargo; y permitir a la autoridad judicial mantener el anonimato de aquellos testigos, con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios, evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones de los acusados.

3.6.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

El artículo 1 de la ley señala textualmente que:

“Las medidas de protección y atención que se proporcionarán a las 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”

Y el articulo 2 señala que:

“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 o peligro por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos.”

Se entiende que la Ley en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo abarca y comprende todos y cualesquiera clase procedimental vigentes en nuestro Orden Procesal Penal. Es decir que abarca todos los tipos procesales y no solo se reduce a cierto tipo de ámbitos, en donde se impuso un criterio de no distinción.

Siendo así, poco importará la clase, naturaleza, o gravedad de los delitos bastando con la constatación de la existencia de un proceso penal en el que

sea factible y procedente la adopción de cualquiera de las medidas protectoras de las enumeradas legalmente.

En cuanto a la determinación del ámbito subjetivo de aplicación;

El artículo 2 señala que:

“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 o peligro por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación familiar, con la persona que interviene en éstos.”

A partir de las reformas al código procesal penal el legislador trata de rescatar del abandono en que se encontraba la victima, hasta ahora mero espectador de piedra del proceso penal. También la victima es testigo y desde luego con mayores motivos que nadie se hace merecedor a acogerse a las medidas protectoras que en la Ley se contemplan, de concurrir, en su persona los requisitos y presupuestos requeridos.

Cual es la de que por definición el testigo es un terceros ajeno al proceso, que es llamado a declarar o informar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de hechos o conocimientos empíricos acaecidos con anterioridad al proceso, por haberlos presenciado como testigo directo.

También dentro de este ámbito podemos incluir a los peritos que si bien la ley no los menciona expresamente en su articulo es posible incluirlo gracias a la amplitud de sujetos que pueden ser objeto de la ley según los artículos 1 y 2. El perito al igual que el testigo es un tercero ajeno al proceso que es llamado a informar hechos o conocimientos y explicarlos conforme a su ciencia.

Por otro lado también se hace referencia a los familiares de los testigos de en un proceso penal, los cuales también se entiende que pueden ser susceptibles de protección inmediata gracias al vinculo familiar que posee con los testigos o victimas que son los principalmente protegidos por la ley.

En consecuencia, puede concluirse que tales "familiares" no son titulares directos o sujetos activos protegibles inmediatos de los preceptos de la Ley aunque puedan, mediata e indirectamente, verse favorecidos de los efectos protectores derivados de las medidas que fueron acordadas en favor de su principal, al que familiarmente aparecen vinculados.

3.6.3 PRESUPUESTO MATERIAL DE APLICACIÓN

El presupuesto o requisito material de aplicación de la Ley, se contempla en el artículo 2 de la referida ley. Y consiste en la existencia de situación real de riesgo o peligro para el testigo, en razón de estar relacionado a un proceso penal, ya sea en virtud de la peligrosidad del imputado, por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, la relación del imputado con el crimen organizado o corrupción.

El artículo 3, fundamenta el presupuesto de aplicación material en los principios siguientes:

a) Principio de Protección: Toda autoridad, judicial o administrativa deberá considerar primordial la protección de la vida, integridad física y moral, libertad, propiedad y seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley.

b) Principio de Proporcionalidad y Necesidad: Las medidas de protección y atención que se ordenen 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.

c) 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.

En este ordinal, en primer lugar, se confiere de modo amplio la potestad o facultad de acordar o no acordar la adopción de medidas protectoras urgentes previstas en la Ley a la autoridad judicial y administrativa. Tanto el Juez Instructor, el Tribunal de Sentencia, la Fiscalia General de la República pueden adoptar este tipo de medidas, en caso que consideren necesario, la cuales serán posteriormente validadas por la Unidad Técnica Ejecutiva previo dictamen.

Y, en segundo lugar, la norma examinada describe la situación material o de hecho que se erige en el pilar de apoyo y fundamento de la resolución judicial o administrativa, cual es la de la necesaria apreciación del “nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria de las mismas” para el sujeto solicitante de la medida; circunstancia habilitante que habrá de quedar justificada o acreditada. El juzgador o la autoridad administrativa deben valorar al grado de riesgo o peligro para el afectado directo o para su entorno familiar, valoración que debe de hacer a partir de la existencia de un estado de cosas por el cual la victima y el testigo ha sufrido ya o está en trance de sufrir, bajo presión de cualquier tipo, violencia o intimidación etc., es decir, un mal inminente y grave en sus bienes y derechos más esenciales (vida, salud e integridad física y psíquica, libertad, patrimonio, etc.) o en los de algunas de las personas de su familia, proviniente precisamente de parte de los acusados o personas allegadas a los mismos.

En este caso el legislador no quiso restringir a las autoridades judiciales y administrativas a módulos rígidos o preestablecidos, que son difíciles de concretar, y deja a total arbitrio de estos la ponderación o juicio valorativo en torno a la estimación de la concurrencia o no de la circunstancia de grave peligro o riesgo, y sobre su grado, extensión o intensidad.

Serán criterios de razonabilidad y experiencia los que determinarán la distinción entre situaciones subjetivas no graves (de mera incomodidad o reticencias) y de verdadero riesgo para la vida o integridad física e indemnidad, desarrollo, y equilibrio psíquicos (todos ellos bienes jurídicos tutelados penalmente); y los que permitirán ponderar el derecho a un proceso justo del acusado frente a la seguridad de los testigos y la efectividad de la prueba testifical o pericial como prueba de cargo o de descargo.

Lo anteriormente señalado resulta grave, tomando en consideración que la discrecionalidad en la aplicación de las medidas de protección, limitan en gran medida el derecho de defensa del imputado y el de contradicción durante el juicio oral, mas grave aun de ser contraria a todos los parámetros doctrinarios del debido proceso, contrario a los tratados y jurisprudencia internacionales, y mas grave contrario a la Constitución, se ha posibilitado el menoscabo de derechos fundamentales de carácter constitucional con una normativa de jerarquía inferior.

A partir del artículo 4 hasta el artículo 9 se hace referencia únicamente a las definiciones para efectos de la ley y sobre los organismos y competencias razón por la cual no se hará ningún análisis al respecto.

3.6.4. MEDIDAS PROTECTORAS -CLASIFICACIÓN-

Las medidas protectoras son, unas de pura naturaleza económica o pecuniaria y otras de puro orden procesal; las primeras, costosas para el erario público, pero sin ninguna incidencia o menoscabo en el sistema garantista diseñado por nuestra Constitución para el ejercicio del derecho de defensa; las segundas, sin coste apreciable para las arcas públicas, pero provocadoras de mermas y restricciones tolerables respecto a aquel derecho y de consagrados principios procesales, sobremanera los de contradicción y publicidad.

Pueden ordenarse las medidas protectoras, para su exposición, en dos grandes grupos, a saber:

a) Medidas dirigidas a preservar, salvaguardar y ocultar la identidad de la victima y testigo en su estatus personal y profesional, hasta la celebración del juicio oral, -testigo anónimo/testigo oculto (todos los literales del art. 10) descritas como medidas de protección ordinarias;

b) Medidas de protección policial para garantizar la seguridad personal y patrimonial de la victima y testigo y de concesión de ayudas económicas excepcionales (art. 11 y 12, de la Ley).

Dentro de la primera categoría o grupo, hallamos medidas de mera no constancia y secretismo procesal, concretadas, en la eliminación en la fase de instrucción de toda referencia o mención al nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualesquiera otros datos que pudieran servir para identificar (números del DUI, NIT, licencia de conducir o profesional, de teléfono, etc.) a la victima o testigo protegido, se le asigna para fines meramente referenciales o sustitutivos de los datos identificativos de aquéllos- de un número, clave en dígitos, seudónimos o similares.

Tal ocultación y anonimato deberán ir acompañados de la fijación de un domicilio ficticio, en el que los sujetos protegidos puedan recibir las citaciones y notificaciones, cual será la propia sede del órgano judicial interviniente en cada momento.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con la anterior, se halla la medida de ocultamiento o dificultamiento del reconocimiento visual (facial y corporal) del sujeto protegido mediante el empleo de medios apropiados, a materializar en las comparecencias y demás actuaciones o diligencias a las que aquél fuera convocado.

Aquí, la gama de variantes del ocultamiento -algunas ya conocidas en la práctica diaria- es amplia colocación de capuchas, cascos, pelucas u otros postizos que es la mas utilizada en nuestro medio siendo de las mas

rudimentarias; pero es en el acto del juicio oral donde a fin de cuentas todas estas medidas no hacen sino retrotraernos a tiempos pasados, al constituir expresiones puras y duras, con todas las matizaciones que se quieran, del sistema inquisitivo, caracterizado, como es sabido, por la intervención "ex officio" del Juez y por el secreto del procedimiento en relación no sólo con los ciudadanos, sino con el propio imputado.

Como complemento de las medidas preservatorias de la identidad del testigo protegido y de su personalidad física se agregan otras tendentes a restringir y limitar la publicidad e información acerca de las mismas para la prensa escrita y demás medios de comunicación, con la evitación y prohibición para aquéllos de la captación de imágenes -grabadas o fotografiadas- de los sujetos protegidos; para hacer efectivas y eficaces todas las prevenciones anteriores.

De nada serviría mantener el anonimato y ocultación de la identidad de la victima o testigo protegido de puertas adentro de los Juzgados y Tribunales si luego, fuera de sus paredes, existe indiscriminada libertad de captación de imágenes o tomas fotográficas o audiovisuales, haciendo así ilusorios los esfuerzos del legislador, al quedar revelada y difundida la identidad protegida.

Y por lo que atañe a la aludida concesión de medios económicos para el cambio de residencia o lugar de trabajo la disposición legal no puede ser más vaga e imprecisa, al depender de la voluntariedad y sensibilidad de los encargados de cuantificar esa concesión que sirve de contrapartida excepcional a los peligros asumidos por la victima y testigo; voluntad que puede venir presidida por criterios de oportunidad política o presupuestaria y no de justicia.

Cabe destacar que la presente ley no contempla el establecimiento y reforzamiento de la protección de la garantías o principios procesales de la publicidad, inmediación y contradicción, no parece que sea acertado reglar el valor y eficacia de tales medios probatorios, máxime cuando tal regla de valoración nada nuevo establece respecto a la que ya es consolidada doctrina

en torno a cualquier probanza (y, por tanto, las derivadas de declaraciones o informes de victimas y testigos no protegidos); y que se condensan en la afirmación de que la prueba testifical y pericial ha de desarrollarse y practicarse en el juicio oral y a presencia del acusado y su defensa para que pueda otorgársele algún valor de cargo y con respeto de aquellos principios y del derecho de defensa; por lo que, a "sensu contrario", carecen de eficacia destructora de la presunción de inocencia aquellas probanzas no ratificadas y sometidas a contradicción en el plenario, a salvo de los excepcionales supuestos de imposible reproducción.

3.6.5 CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que el texto legal que se comenta trata de quebrar en lo indispensable y en una intensidad admisible, algunos derechos, principios, y garantías -de orden constitucional y procesal... como la publicidad, la contradicción y el derecho de defensa; y todo ello en aras de dotar, excepcionalmente, a las victimas y testigos que en el proceso intervienen, de un marco de protección específico que impida que su concurso se frustre o se vea mediatizado ante fenómenos de criminalidad peligrosa y muy grave.

Que en conjunto las medidas protectoras que la Ley acoge en el orden procesal no distorsionan groseramente las cautelas que la prueba testifical y pericial requieren para su valoración en el proceso, sin dejar de reconocer que alguna de tales disposiciones resuma rasgos y resabios inquisitivos, introducidos con fines legítimos y de tutela de otros derechos dignos de respeto en un Estado democrático y de derecho, por lo que siempre será preferible una aplicación mesurada de las mismas, que no equivale necesariamente a restrictiva.

La ley otorga los recursos de revocatoria y de revisión en sus artículos 26 y 27 respectivamente. Podemos meditar respecto a la impugnación de las resoluciones, que es grave el hecho de la injerencia de entidades administrativas en cuestiones jurisdiccionales que involucran derechos y garantías esenciales. Asimismo de la discrecionalidad que se otorga a dichas entidades administrativas para emitir resoluciones, en razón de no contarse siquiera aun con un reglamento a dicha ley, sin dejar a un lado la vaguedad con se utilizan los términos en la mencionada ley.

Dado el arbitrio concedido a la autoridad judicial y administrativa, no estaba de sobra la fijación de un concreto sistema de impugnación que, se especifica en el uso de los recursos pertinentes (de revocatoria art. 26 y en recurso de revisión art. 27). No obstante esto no resulta efectivo tomando en cuenta que no existe para ello un sistema judicializado independiente de impugnación, fuera de las entidades administrativas.

3.7 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RELATIVA AL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA Y LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS

La legislación comparada así como la jurisprudencia internacional, también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el punto que nos interesa. A continuación veremos algunos de sus criterios y razonamientos.

3.7.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

Al respecto basta señalar que, ya de modo directo o ya indirecto, todas las Constituciones políticas consagran el principio del debido proceso, del mismo modo que en los convenios o acuerdos internacionales que vinculan, si

no a todos, a la mayoría de los Estados, y particularmente a aquellos firmados y ratificados dentro del marco de las Naciones Unidas (ONU). Así, vamos a citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o ya dentro del marco de organizaciones regionales, como son la Convención Europea de los Derechos Humanos, entre los Estados que integran la Comunidad Europea (CE), y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, entre los Estados que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA); pero más allá de toda formulación legislativa del principio, su vigencia trasciende, puesto que se trata de un principio general, un valor jurídico que dentro del ordenamiento está por encima de la Constitución y demás leyes, y en el que subyace todo ordenamiento.

En términos generales, el Debido Proceso puede ser definido como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

3.7.1.1 JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo es exigible a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al

derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

En la Opinión Consultiva 16/99 del 1º de octubre de 1999, la Corte sostuvo que, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

Este criterio ha sido reafirmado en diferentes decisiones a nivel de la región. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Congreso de la República es titular de la función jurisdiccional cuando a través de sus diferentes órganos ventila las acusaciones contra altos funcionarios del Estado mencionados en el artículo 174º de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que en dichos eventos las actividades que llevan a cabo la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes, la comisión de instrucción del Senado, la plenaria de ambas cámaras, etc.; constituyen una manifestación de la función jurisdiccional, análoga a las etapas de investigación y calificación que realizan los fiscales y jueces comunes.

3.7.1.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el debido proceso "está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y

normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos" (subrayado nuestro). Desde esta perspectiva el Tribunal ha precisado que "el Debido Proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el Artículo 139° de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)".

Resulta interesante mencionar asimismo que el Tribunal Constitucional peruano ha determinado claramente que en las instancias o corporaciones particulares también es exigible el respeto del debido proceso. Así lo manifestó el Tribunal a propósito de una sanción aplicada a una persona en un procedimiento disciplinario llevado a cabo en una asociación deportiva. En esta decisión el Tribunal señaló que el respeto a las garantías del debido proceso también deben ser observadas "en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado (...)".

3.7.1.3 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA.

En cuanto al Tribunal Constitucional de Bolivia, esta corporación ha señalado también que las garantías del debido proceso son aplicables a toda instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar, como ocurre por ejemplo, en el caso de determinadas corporaciones de la Administración Pública.

3.7.1.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Respecto a este punto en argentina, se ha establecido en abundante jurisprudencia criterios respecto al alcance del debido proceso. La garantía del debido proceso involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías

sustanciales, tales como el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de defensa, que culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las previsiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa (CS, 1994/08/18, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

Por tanto, la garantía exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del numero de instancias que las leyes procesales establezcan según la naturaleza de las causas, pues la reforma constitucional de 1994 consagra expresamente el derecho del inculpado de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (Art. 8°, párrafo 2°, inc. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos), siendo voluntad del constituyente rodear a la persona inculpada de mayores garantías que al Ministerio Público, sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento (CS, 1997/10/14, "*A., J. D.",* La Ley, 1999-E, 908 [41.899-S]- ED, 178-529 - DJ, 1999-3-723, SJ, 1819).

Las garantías se acentúan cuando la referencia se dirige al proceso penal, donde se destaca que los principios del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (CS, 1992/09/01, "*González, Hilario R*.", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422).

3.7.1.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA.

La jurisprudencia ha establecido algunos requisitos para que los actos procesales de carácter probatorio, dentro del proceso penal, respeten la garantía del debido proceso. Ha dicho la Sala sobre el particular que “Cuando se realice un acto procesal de naturaleza probatoria, que implica la incidencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, la principal exigencia a nivel constitucional es que éste se dé mediante resolución debidamente fundamentada de juez competente; que dicha decisión tenga como presupuesto la existencia de indicios comprobados de estar en presencia de un
delito, aun cuando se ignore su supuesto responsable, en caso en que aún no se haya individualizado al imputado, no obstante que los elementos con los que se cuenta permiten razonablemente anticipar un resultado de interés para la averiguación de la verdad, que hace procedente la realización de la diligencia. La intervención del juez es una garantía de respeto al principio de no injerencia

Injustificada en los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo garantía de la interdicción de la arbitrariedad, así como del respeto al principio de proporcionalidad, pues ante la existencia de indicios comprobados de estarse en presencia de un delito, la intervención del juez pondera si éstos son suficientes—por la entidad del bien jurídico involucrado—para permitir una restricción a un derecho fundamental. Estos son los requisitos de legitimación sustancial del acto probatorio a realizarse “(**Voto 4845- 96).**

A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada existe, en consecuencia, una marcada tendencia a proteger las garantías del debido proceso no solamente en los ámbitos de actuación de los órganos del Poder Judicial sino ante cualquier instancia que tenga competencias para determinar derechos u obligaciones de cualquier índole, incluso instituciones de carácter privado.

3.7.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

3.7.2.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Cuando la relación se estudia con la eficacia de la defensa, se ha observado que no se ve afectado el derecho de defensa en juicio reconocido al imputado porque éste haya asumido su propia defensa si no se perjudicó su eficacia ni la normal sustanciación del proceso, pues tuvo oportunidad de ser oído, controlar la prueba de cargo, introducir prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas con el fin de obtener una sentencia favorable, máxime si se tiene en cuenta su condición de letrado (CN Casación Penal, Sala IV, 2000/08/29, " Villaverde, Silvia E.", La Ley, 2001-A, 467).

Por eso algunos cercenan o estrechan el campo de la libertad que la Convención Americana establece y sostienen que, el derecho a la jurisdicción, con la amplitud que propugna el Pacto de San José de Costa Rica, nada agrega a las previsiones del ordenamiento jurídico argentino, ya que se encuentra garantizado por el Art. 18 de la Ley Fundamental.

La inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y los derechos que asegura la Constitución, supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y que el litigante sea oído y se le dé ocasión de hacer valer sus medios de defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento. Tal garantía incluye el derecho a lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando la prolongación de los procesos indefinidamente (CN Fed. Contencioso-administrativo, Sala II, 1994/03/10, "Celulosa Moldeada S. A.", DJ, 1995-1-312).

A veces se concreta que, el derecho constitucional de defensa en juicio requiere, para su normal ejercicio, que las pretensiones de la parte sean debidamente exteriorizadas en tiempo oportuno para que su contraria, no sólo

pueda formular las objeciones y réplicas al respecto, sino también para que se puedan ofrecer las pruebas que considere necesarias para desvirtuar las conclusiones de su adversaria, e impide que uno de los litigantes goce de mayores oportunidades de ser oído y de aportar pruebas (CN Com., Sala C, 1990/07/30, "*Safico, S. A. c. Sáenz Valiente Bullrich y Cía. Y otros*", La Ley, 1990-E, 302 - DJ, 1991-1-582).

Enseguida, la regla genérica que sostiene la inmaculación del derecho de defensa. Si bien la preservación de la garantía de defensa en juicio no exige una mecánica traslación al juicio político de las normas vigentes en el marco de los procesos judiciales, debe exigirse como presupuesto de validez el respeto de los principios que hacen a la estructura de todo tipo de juicios y que revisten condición de axiomas para la Constitución Nacional, cuales son, la ocasión de hacer valer los medios de defensa, y la garantía de un pronunciamiento racionalmente fundado por un tribunal imparcial(del voto de los doctores Nazareno y López) (CS, 1994/08/18, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995- 1-954 - ED, 160-15).

La garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (CS, 1991/07/23, "*Alonso, Jorge F. y otros*", La Ley, 1991-E, 637 - DJ, 1992-1-547).

3.7.2.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

El imputado tiene el derecho de comunicarse sin restricciones con su defensor. También incluye el acceso sin limitaciones a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatir, especialmente mediante las repreguntas, la tacha o recusación de testigos, lo que implica que tanto al imputado como a su defensor se le deben dar audiencia sobre los peritajes y dictámenes técnicos. También

tiene derecho, salvo excepciones muy calificadas, a un proceso público y a rendir declaración sin ninguna coacción.

3.7.2.3 JURISPRUDENCIA DE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Un aspecto de especial importancia en relación a este tema lo constituye la garantía de poder acceder al expediente judicial. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el derecho a la defensa técnica debe estar garantizada desde el mismo momento en que se ordena investigar a una persona y que no basta con que se garantice la presencia física del abogado sino que se le debe permitir el acceso al expediente.

3.7.2.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS Y CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO.

Desde la perspectiva jurisprudencial, en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, ha señalado que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, *bajo las mismas condiciones*, con el objeto de ejercer su defensa, y entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores vulnera el derecho, reconocido por la CADH, de la defensa de interrogar testigos[82].

[82] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros,* de 30 de Mayo de 1999, en Sitio Web de la Comisión andina de Juristas, en http://www.cajpe.org.pe/Buscadores CAJ.htm.

La CIDH “siempre ha aplicado criterios flexibles en la recepción de prueba”. [83] En este sentido, se adhiera la jurisprudencia internacional que “ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas”[84], y en tal virtud reconoce la posibilidad de “utilizar una adecuada valoración de la prueba según la regla de la sana critica, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados tomando en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana”[85].

En suma, los procedimientos que se desarrollan ante la Corte según Sergio Ramírez, “no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los limites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes”[86].

Conviene destacar, como lo hace la propia jurisprudencia, que la flexibilidad procesal no es ilimitada, de manera que permita cualesquiera variaciones en aras de una verdadera o supuesta realización de la justicia. De hecho, las reglas del proceso se establecen para garantizar, hasta donde es posible, la obtención de aquel objetivo. En este orden, el fin y los medios deberían ir de la mano. Obviamente, no siempre será fácil lograr el equilibrio deseable, pero en todo caso será indispensable procurarlo. En otra oportunidad, al analizar la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, se ha

---

[83] Estos criterios se recogen en la sentencia de reparaciones dictada en el caso Casillo Páez de 27 de noviembre de 1998. sobre el párrafo citado (Párr. 38), el tribunal invoca precedentes de otros órganos y de la misma Corte; Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, num. 4 Párr... 127.
[84] Ídem.
[85] Ídem.
[86] Caso Loayza Tamayo, reparaciones, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Párr... 38, citado por Sergio Garcia Ramírez en “Algunos Criterios recientes de la CIDH”.

subrayado que a diferencia de lo que pretende el impugnable principio de que el fin justifica los medios, en estos casos la justicia de los medios concurre a justificar el fin alcanzado.

Por lo pronto la jurisprudencia insiste en la preservación del equilibrio entre las partes; de no haberlo, se alteraría una regla crucial del enjuiciamiento democrático. Además, el tribunal pone atención en la "seguridad jurídica" tomando en cuenta que la superficial la observancia de las normas procesales afectaría la seguridad que las partes deben tener con respecto a sus derechos y deberes, cargas y dispensas: el proceso devendría oscuro y aleatorio.

Por otra parte, el hecho de que la admisión y valoración de pruebas no se halle sujeta al rigurosos formalismo que todavía caracteriza a ciertas legislaciones nacionales, no implica que se desatiendan normas explicitas del procedimiento internacional, establecidas para seguridad del proceso y garantía de las partes, o se desechen reglas naturales o inherentes al carácter mismo de la o las pruebas y a los principios generales rectores del procedimiento, como el régimen de contradicción y el análisis critico de la prueba.

En el ámbito Europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido en varias oportunidades la importancia de proteger a los testigos expuestos a peligros[87], pero aún así, estimó contrario a las exigencias derivadas de la CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. Debido a la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo, la Corte Europea considera contrario a las

[87] Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 *(Caso Kostovski)* ,de 27 de septiembre de 1990 *(Caso Windisch)* y de 15 de junio de 1992 *(Caso Ludi),*citadas por RIVES SEVA, Antonio Pablo, "Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima", en http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html

exigencias derivadas del artículo 6.3.d) de la CEDH la posibilidad de valoración de las declaraciones de los testigos anónimos[88].

En el caso *Doorson*, donde fueron presentados testigos anónimos, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos, no ha considerado infringida la Convención, ha claramente señalado que el juez *no puede fundar su decisión únicamente, ni en una medida determinante, en testimonios anónimos*, señalando que "los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos […] citados a declarar"[89].

El derecho de confrontarse con los testigos de cargo no tiene carácter absoluto. Aunque los medios de prueba deban obtenerse, como principio general, ante el acusado, en audiencia pública, con vistas a un debate contradictorio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que para que la declaración de un testigo pueda servir como medio de prueba no siempre ha de ser preciso que se obtenga en la sala de audiencia y en público; es más, en algunos casos excepcionales esto puede resultar imposible de conseguir. Entonces se permite utilizar como medio de prueba las *declaraciones realizadas por el testigo en la fase de instrucción,* siempre que se hayan producido respetando el derecho de defensa, es decir, que el acusado haya tenido ocasión de contestar un testimonio de cargo o interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior.[90]

---

[88] RIVES SEVA, Antonio Pablo, "Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima", en http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html

[89] La Corte Europea señaló que el art. 6 no exige explícitamente que los intereses de los testigos citados a declarar, sean tomados en consideración. De todas maneras, pueden verse su vida, su libertad o su seguridad, como intereses relevantes incluidos, de un modo general, en el art. 8 de la Convención. Tales intereses de testigos y de víctimas son protegidos, en principio, por otras disposiciones de la Convención que exigen a los Estados que organicen el procedimiento penal de modo que dichos intereses no sean puestos en peligro. Sentado esto, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados a declarar

[90] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos Kostovski, sentencia de 20 de noviembre de 1989, par. 41; Delta, sentencia de 19 de diciembre de 1990, par. 36; Isgrò, sentencia de 19 de febrero de 1991, par. 34; y Asch, sentencia de 26 de abril de 1991, par. 27.

En los últimos tiempos, esta doctrina ha sufrido una profunda revisión, a propósito de la licitud de las condenas basadas en las declaraciones de *testigos anónimos*, oídos fuera de la presencia del acusado y de su defensor, por la autoridad policial o por el juez de instrucción, pero nunca por el juez de fondo. El Tribunal Europeo se ha ocupado de esta cuestión en los casos Kostovski[91] y Windisch[92].

En el caso Kostovski la demanda se basaba en la utilización como medios de prueba de las declaraciones de dos personas anónimas. Sus declaraciones fueron recogidas por la policía y la de una de ellas, además, por el juez de instrucción, pero nunca fueron oídas por la jurisdicción de enjuiciamiento. Por otro lado, ni el demandante ni su abogado pudieron interrogar a los testigos, cuya identidad siempre les fue reservada. Tan sólo se les permitió presentar un cuestionario escrito a una de las personas anónimas, a través del juez de instrucción, pero la necesidad de preservar el anonimato de los testigos hizo que sólo dos de las catorce preguntas formuladas recibiesen respuesta. En tales circunstancias el Tribunal concluye estableciendo que las limitaciones impuestas al derecho de defensa del demandante son determinantes de la violación del derecho a un proceso equitativo.

En la decisión del Tribunal se subrayan las dificultades que entraña poner en duda la credibilidad del testigo cuando se ignora su identidad. «Si la defensa ignora la identidad del testigo que debe interrogar, puede verse privado de las precisiones que le permitan establecer que es parcial, hostil o indigno de crédito. Un testimonio u otras declaraciones de cargo pueden muy bien constituir una mentira o resultar de un simple error; la defensa difícilmente puede demostrarlo si no posee las informaciones que le proporcionen el medio de controla la credibilidad del autor o de arrojar dudas sobre ella. Los peligros

[91] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de noviembre de 1989, Serie A, vol. n. º 186.
[92] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Serie A, Vol. n. º 186.

inherentes a semejante situación son evidentes. Además, la ausencia de las personas anónimas impide a los jueces de fondo estudiar su comportamiento durante el interrogatorio para formarse una opinión sobre su credibilidad».

La última sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el problema de los testigos anónimos ha sido recaída el 27 de septiembre de 1990, en el caso Windisch. En ella también se reputa contraria a las disposiciones del artículo 6.1 y 3 d) la condena basada en las declaraciones de dos testigos anónimos, oídos solamente fuera de la presencia del acusado y de su abogado por la policía y no por el juez de fondo. En esta sentencia se reitera la doctrina establecida en el caso Kostovski: la decisión de proteger el anonimato de los testigos provoca en la defensa una desventaja casi insuperable, porque le faltan los datos necesarios para controlar su credibilidad y por lo que respecta al Tribunal no puede observar a los testigos durante el interrogatorio; ciertamente, es necesaria la colaboración del público con la policía, pero no a costa de sacrificar el derecho a una buena administración de justicia.

Como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos debe existir un compromiso razonable entre el interés público por el castigo y represión del delito, que es servido por la admisión del rango más amplio posible de evidencia incriminatoria, y el derecho del imputado o acusado a desvirtuar efectivamente dicha evidencia. Cuando el testimonio incriminatorio que se ofrece como prueba pertenece a testigos anónimos, o cuando los testigos se niegan a concurrir a las audiencias de lo cual resulta que la defensa no puede contra interrogar sobre los hechos declarados por un testigo, la Corte Europea ha considerado que tal proceder viola, en perjuicio del acusado, la norma contenida en el artículo 6, párrafo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos[93].

[93] Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencias Bonisch vs. Austria (1985), Serie A, No. 92; Kostovski vs. Netherlands (1989), Serie A, No. 166; y Urterpertinger vs. Austria (1986), Serie A, No. 110.

El Tribunal Europeo, en sus últimas sentencias, ha modificado esta línea interpretativa subrayando los inconvenientes que conlleva el anonimato de los testigos, para los derechos de la defensa del acusado. La validez de esta prueba testifical se subordina a que se conceda a la defensa la posibilidad de controlar de manera efectiva la veracidad del testimonio. En determinadas condiciones la desventaja que se produce es tan intensa que el tribunal ha considerado que el anonimato de los testigos constituye una práctica contraria al sistema de garantías procesales de la Convención. Si la defensa desconoce la identidad del testigo al que tiene que interrogar, se ve privada de la posibilidad de acceder a las informaciones necesarias para controlar la credibilidad del testimonio y, además, la ausencia del testigo ante el tribunal encargado del enjuiciamiento impide a los jueces estudiar su comportamiento durante el interrogatorio y alcanzar la convicción sobre su credibilidad a través de la observación directa. En el supuesto de los testigos anónimos, pues el desconocimiento por parte del imputado de quiénes sean estos, puede privarle de los datos que precisamente le permitan probar que "el testimonio anónimamente dado en su contra es producto de una falsedad, error, e incluso procedente de alguien no digno de crédito".

Quiere decirse que el TEDH admite claras restricciones al principio de publicidad procesal, sobremanera hasta la apertura del juicio oral, mas, una vez en éste, el derecho al levantamiento del secreto respecto a la identidad del perito o testigo protegido es absoluto, pero bien entendido que la identidad habremos -*stricto sensu*- de referirla a su nombre y apellidos; pudiendo, por contra, permanecer desconocidos para el acusado, su domicilio, etc., y, en especial, la obtención de su imagen física en la vista oral.

En resumen, del testigo "anónimo" -aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal, para la defensa, o para ambos- por mucha protección que precise, no pueden aprovecharse sus declaraciones como prueba de cargo, ni podrán fundamentar una sentencia condenatoria, al contrariar la exigencias del

Convenio, por vulneración y restricción del derecho de defensa y de los principios de igualdad y contradicción. (Si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las precisiones necesarias que le permitan establecer si éste es parcial, hostil o indigno, y difícilmente podrá demostrar que las declaraciones inculpatorias que verifique pudieran ser mentira o el resultado de errores, al faltarle la información que le pueda proporcionar tal identidad, no estando en condiciones de controlar la debilidad del testimonio o la credibilidad del testigo).

El respeto al derecho de defensa y al principio de contradicción siempre exige que el acusado tenga la ocasión adecuada y suficiente de discutir y contestar los testimonios producidos en su contra y, por tanto, de interrogar a sus autores en el momento procesal más importante, para no sufrir una desventaja insuperable.

En consecuencia, el Juez sentenciador no puede fundamentar la condena en testimonios de personas que no han comparecido en el plenario o, aunque lo hayan hecho, se desconozca su identidad, aun cuando hubieran declarado con anterioridad ante la Policía o el Juez Instructor; so pena de vulnerar las garantías de un proceso justo.

3.7.2.4 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional Español en la importante sentencia 64/1994, de 28 de febrero, abordó con cierto detenimiento dos modalidades de prueba testifical: el testigo anónimo y el testigo oculto, rechazando la primera y admitiendo la segunda.

En cuanto al testimonio anónimo, es decir el proveniente de persona que no se identifica, su rechazo deriva de imposibilitar una efectiva contradicción, citando al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

de 20 de noviembre de 1989 (caso KOSTOWSKI), 27 de septiembre de 1990 (caso WINDISCH) y 15 de junio de 1992 (caso LUDI).

Por el contrario, admite el testimonio oculto, aquel que se presta sin ser visto por el acusado -por ejemplo, en el despacho del juez contiguo a la Sala de vistas-, ya que en el se posibilita la efectiva contradicción y conocimiento de la identidad de los testigos, por lo que quedan a salvo los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas, al permitirse a la defensa del acusado interrogar al testigo, con idénticas posibilidades que el Ministerio Fiscal y documentarse su testimonio en la correspondiente acta levantada por el secretario judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990 recuerda que deben existir graves razones para esta decisión las cuales se expondrán debidamente explicitadas en un auto.

La Ley Española, permite la reserva de identidad de testigos, medida que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Español, siempre que la sentencia no se funde únicamente en ese tipo de testimonios[94]

3.7.2.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú advierte que para que un tribunal de justicia condene válidamente a un inculpado como autor de un delito determinado, es necesario que las pruebas ofrecidas por un testigo no susceptible de interrogar sean corroboradas con otros medios de prueba. Por ello, la limitación para conocer la identidad del testigo anónimo establecido en la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas es constitucionalmente válida, en tanto procura resguardar la seguridad de quienes prestaron información

[94] Sentencia del Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo promovido por don Manuel Dueñas Bernal y don Rafael Ruiz Molina contra la Sentencia dictada el 24 de septiembre de 1999 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2002.

clave para la captura de los jefes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas[95].

3.7.2.6 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Corte Constitucional de Colombia, pronunciándose sobre la constitucionalidad de la ley 504 de 1999 que establece la reserva de identidad de testigos, expresó que dicha ley, en relación a tal medida de protección es inconstitucional, puesto que es violatoria de la garantía del debido proceso. No obstante, en Colombia es habitual que se acepte como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada. Cabe señalar que esta sentencia tiene gran importancia, pues denota un giro en el criterio de la Corte, la cual en la sentencia C/475/97, consideró válida la reserva de identidad como mecanismo de protección de testigos.

3.7.2.7 JURISPRUDENCIA TRIBUNALES CHILENOS

En chile se ha aceptado la declaración en juicio oral de testigos de identidad reservada. Así, en Octubre de 2003 la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la resolución que había condenado a los imputados por el delito de homicidio calificado, y que se fundaba, entre otras cosas, en la incapacidad del defensor para ejercer los derechos de defensa por existir testigos cuya identidad era reservada, lo cual, según la defensa, configuraba la causal de nulidad del

[95] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *Recurso extraordinario interpuesto por don León Domínguez Tumbay contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 166, de fecha 20 de junio de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos,* de 14 de Agosto de 2003.

artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal Chileno[96]. A éste argumento la Corte, citando la opinión expuesta por la Fiscalía respondió lo siguiente:

"La existencia de testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y síquica, se corresponde con una sociedad en donde la declaración de los testigos puede ser perjudicial para las personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamientos que amenacen la vida o la integridad física y síquica, incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de todas y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiere identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona, por lo tanto […], en este caso concreto, no puede constituir el secreto de la individualización de los deponentes una causal de nulidad de la sentencia, porque no se ha impedido al defensor ejercer las facultades legales".[97]

Con un enfoque distinto, la Corte de Apelaciones de La Serena también ha aceptado la figura de los testigos de identidad reservada, esta vez en un caso de tráfico ilícito de estupefacientes, pero los fundamentos fueron distintos. En este caso la defensa sostuvo la concurrencia de la causal del artículo 373

[96] Este numeral establece: "Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

[97] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Recurso de Nulidad presentado en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta el 28 de Agosto de 2003, en caso RUC Nº 0200070382-9, de 13 de Octubre de 2003, Rol 323-03,* en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, Marzo, (2004), pp. 148-150.

letra b) del Código Procesal Penal Chileno[98], al infringirse el artículo 340 del mismo[99], pues encerrarían una duda razonable. De esto se desprende que, para la defensa, *la declaración de testigos reservados genera una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción que le exige el artículo 340*, y sería por lo tanto esta duda razonable la que obstaría a la validez de la resolución judicial. Pero la Corte se pronuncia en el sentido de la *valoración de la prueba*, señalando "que las impugnaciones al valor de la prueba […] testifical con que el recurrente fundamenta la citada causal del artículo 373 letra b), dicen relación con la apreciación de dichos medios de prueba para establecer los hechos, [...] escapa a la facultad del tribunal de nulidad, siendo facultad soberana de los jueces orales, por lo que no se dará lugar a dicho capítulo de nulidad".[100]

Esta decisión fue acordada con un voto disidente, que estima concurrente la causal de nulidad alegada, argumentando que "se ha afectado el principio de publicidad que inspira el nuevo proceso penal, al permitir que declaren como testigos de cargo personas con reserva de identidad, infringiendo lo prescrito en el artículo 307 del Código Procesal Penal, norma de la que se desprende que la única excepción a la publicidad en materia de prueba testimonial dice relación con la posibilidad de mantener en secreto el domicilio de un testigo, pero no su identidad."

Comentando esta sentencia y el voto disidente, Luis Emilio Rojas advierte que el voto mayoritario tiene razón en que la declaración de un testigo

---

[98] Este numeral señala: "Procederá la declaración de nulidad y del juicio oral y de la sentencia: b) cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo".

[99] Éste señala: "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral."

[100] Sentencia de la Corte de apelaciones de La Serena, *Recurso de Nulidad interpuesto contra la sentencia*
dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle en caso RUC 0100010094-K, de 9 de Octubre de 2001, Rol Nº 24, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, de Octubre de 2001,

con reserva de identidad es un tema de prueba, y que en este caso el principio que se vio afectado no fue el de publicidad, como señala el voto disidente, sino el de contradicción. Pero también hace hincapié en un hecho que no fue advertido por ninguno de los votos, y dice relación con una de las excepciones a la revelación de la identidad del testigo, contenida en la ley 19.366. Rojas concluye que la afirmación del voto disidente, en el sentido de que la única excepción al principio de publicidad permitida por el artículo 307 es la reserva del domicilio del testigo, pero no de su identidad, es doblemente equivocada, primero porque la auténtica excepción al principio de publicidad es la prevista por los incisos 2º y 3º del artículo 307, y ella alcanza la identidad del testigo, y segundo, porque el artículo 307 contempla las excepciones de la leyes especiales que permiten mantener en reserva la identidad del testigo.[101]

3.7.3 LEGISLACIÓN COMPARADA

Dentro de la legislación comparada existe una inmensa variedad en todos los países del mundo, existen claramente modelos efectivos como el de los países con el sistema anglosajón (EE.UU.: e Inglaterra) al contrario de lo que se podría presentar en modelos Latinoamericanos. El objetivo de este estudio solamente va enfocado en analizar algunas legislaciones que a nuestro criterio tienen referentes similares al Código Procesal Penal Salvadoreño y a la Ley Especial de Protección a victima y testigos que esta próxima a entrar en vigencia en nuestro país, y que presenten potencialmente violaciones al derecho de defensa y el debido proceso dependiendo de las circunstancias de aplicación.

[101] ROJAS, Luis Emilio, “Reserva de Identidad y Principio de Publicidad”, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, Octubre de 2001,

3.7.3.1 ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 19/1994.

En España este tema está regulado por la Ley Orgánica 19/1994, estableciendo que para proteger al testigo el juez puede ordenar que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, y que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase el conocimiento de la identidad de los testigos, el juez que conozca la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en la misma ley. La reserva de identidad, si bien está consagrada en esta ley, no es absoluta, pues si se funda la solicitud de la defensa, es imperativo al juez proporcionarle los antecedentes relativos a ésta.

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su exposición de motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas "para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado".

Con estos antecedentes, la referida Ley Orgánica tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la administración de justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio pueda ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos

con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados" (SSTS de 3 de marzo de 1999 -RJ 1999, 1291- y 19 de julio de 1999 -RJ 1999, 6510-).

Pero, como se lee en la Exposición de Motivos de la Ley, "las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia".

Con la aplicación de esta Ley Orgánica 19/1994 "no se infringen los principios de igualdad y legalidad, ni tampoco los derechos a un proceso con todas las garantías o a la presunción de inocencia. Se trata de una ley que responde precisamente a situaciones como la subyacente en el caso de autos -disturbios callejeros- ... Nada indica que con tal proceder se haya conculcado un derecho a la igualdad que mal cabe materializarse entre personas en muy

distintas circunstancias respecto a la necesidad de protección" (STS de 13 de mayo de 1997 -RJ 1997, 4041-). "No se produce infracción de los principios rectores del enjuiciamiento criminal" (STS de 6 de mayo de 1997 -RJ 1997, 3665-).

3.7.3.2 COLOMBIA: LEY ANTITERRORISMO

En cuanto a la legislación colombiana de lucha contra el terrorismo, el Decreto No. 1370 del 16 de agosto de 1995 justifica la política estatal estimando que " la situación de orden público se ha agravado como resultado de la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, generadoras de los acontecimientos de violencia que han sacudido el país... "(Párr. 2). El objetivo es claro: la subversión es caracterizada o asimilada a la delincuencia común, sea individual o colectiva. La situación de violencia tiene su raíz en la subversión y la delincuencia común y no en un sistema político económico y social. Es por tanto esta violencia la que hay que combatir. El simplismo del razonamiento hecho en esta consideración no deja de ser llamativo. Y ella puede tener consecuencias prácticas gravísimas sobre los derechos constitucionales.

La posibilidad de una persecución institucional abierta o clandestina (bandas paramilitares o para policiales compuestos por miembros regulares de ambas fuerzas) contra el movimiento subversivo en general (guerrilla, movimientos campesinos, barriales, organismos de defensa de derechos humanos, movimientos de mujeres, etc.) podría desprenderse fácilmente de tales premisas como una necesidad o una razón misma de la supervivencia del Estado. Todos los medios serían legítimos. El asesinato de dirigentes políticos, de líderes campesinos, mujeres dirigentes de sectores populares, las recientes masacres de campesinos, encontraría entonces una justificación y legitimación

dentro del contexto de lucha contra la subversión, la delincuencia y el terrorismo.

Tiene también un interés especial el Decreto 1590 del 20 de setiembre de 1995 que se refiere a la obligación de todo ciudadano de colaborar con la administración de la justicia. Así, " el que teniendo conocimiento de la comisión de un delito... no diere cuenta de ello a la autoridad dentro de las 24 horas siguientes... incurrirá en prisión de 5 a 10 años " (art. 2o.). Una tal aberración es inadmisible en un estado más o menos democrático.

De la misma forma el dicho Decreto asegura " la reserva de identidad del denunciante en procesos por delitos cometidos en la Región de Uraba..." (Art. 4o.). También se establecen las recompensas para las personas que han denunciado dichos hechos (art. 9o.). Testimonio anónimo más posibilidad de recompensa pecuniaria parece un terreno bastante resbaladizo como para hablar de una cierta garantía procesal. No se estaría más bien adoptando la delación institucional como una política estatal?

Combinadas estas dos referencias extraídas con el modo de organización del aparato represivo judicial en materia de juicio y aplicación de penas a los " terroristas ", y comprendidos sus cómplices y encubridores, el problema se vuelve sumamente complejo, principalmente en las consecuencias que puede tener una tal organización estatal sobre los derechos y libertades reconocidas generalmente por todos los Estados latinoamericanos en sus diversas constituciones.

En efecto, lo más grave en el caso colombiano es la existencia de tribunales especiales o de excepción. Los dichos tribunales están bajo la dirección de los llamados jueces sin rostro, como en el caso del Perú.

Sin duda alguna la existencia de la denuncia, del testigo anónimo, de la forma de la producción de pruebas en materia penal, que permanecería bajo secreto; el ofrecimiento de recompensas y la imposibilidad material del inculpado de verificar las pruebas que están siendo producidas en su contra, así

como el procedimiento a través de jueces también anónimos, no pueden ser considerados como garantes de un proceso penal equitativo.

El que es investigado por medio de una denuncia o el que es inculpado se encuentra en una situación totalmente desventajosa frente al aparato judicial y al de seguridad. Efectivamente, son las fuerzas represivas y de seguridad las que normalmente llevan a cabo la producción de pruebas. Todas las bases legales para una violación institucional de las mínimas garantías democráticas están echadas.

3.7.3.3 CHILE: CODIGO PROCESAL PENAL.

La ley chilena impone a aquellas personas que han sido testigos de un ilícito y que hayan sido citadas judicialmente a prestar declaración testimonial sobre el mismo, el deber de comparecer y declarar. Como consecuencia de esta imposición del deber de comparecer como testigo, y de los eventuales daños a los que están expuestas las personas sobre las que recae dicho deber, el Estado, como órgano de persecución penal y como principal garante de los derechos individuales, se obliga a proporcionar a dichas personas las medidas necesarias tendientes a proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales, tarea que, ha sido encomendada al Ministerio Público, el cual la desarrolla a través de la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos.

Los tribunales están facultados por el Código Procesal Penal Chileno (en adelante CPPC) para, en casos graves y calificados, disponer medidas especiales de protección al testigo cuando éste lo solicitare, pero no se señala expresamente *cuáles* han de ser estas medidas, por lo que cabe preguntarse si un tribunal podría, en un caso determinado, llegar al extremo de ocultar totalmente a la defensa la identidad del testigo con el fin de protegerlo, y, en la afirmativa, hasta qué punto su resolución se compadecería con el ordenamiento

jurídico nacional e internacional vigente. Así como lo indican los artículos 308 y 307 CPPC.

Art. 308 CPP: "*Protección a los testigos.* El Tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare […].

De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de presentadas sus declaraciones, la debida protección."

Por su parte, el Art. 307, sobre individualización del testigo, en sus inc. 2º y 3º señala: "Si existiese motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia. Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma de su identidad o de antecedentes que condujeren a ella […]".

La redacción del Art. 307 del CPPC es un tanto ambigua, pues mientras en su inciso 2º establece en favor del testigo la posibilidad de no responder en su declaración durante el juicio oral a la consulta acerca de su *domicilio,* en el inciso 3º ordena que si el testigo hiciese uso de este derecho, quedará prohibida la divulgación de su *identidad o de antecedentes que pudiesen conducir a ella*. Este mismo detalle ha sido advertido, sosteniendo que es contradictorio el contenido de los incisos mencionados anteriormente, dado que "lo que se autoriza es la reserva del domicilio del testigo por mención expresa del inc. 2º, pero se amplía con lo aseverado 'a su identidad' lo que nos lleva a suponer que es prohibida la información de cualquier antecedente vinculado con éste, partiendo por su nombre y los datos obligatorios, lo que nos lleva a pensar en verdaderos 'testigos secretos'."[102]

[102] AGUILAR A., Cristian, *Código Procesal Penal Comentado,* op. cit., p. 660.

En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración. Es decir, el legislador ha establecido como *regla general* en el procedimiento penal el conocimiento de la Identidad del testigo por parte de la defensa. No obstante, y tal como lo establece el Art. 307 inc. 1º del CPPC, esta regla admite dos excepciones: los delitos terroristas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En estos delitos el legislador ha establecido expresamente como medida de seguridad, tanto para el testigo como para los seres cercanos a éste, la posibilidad de ocultar la identidad de quien depondrá en contra del acusado,49 esto debido a la especial trascendencia social que este tipo de ilícitos ha adquirido en los últimos años.

Con respecto a las excepciones a la regla impuestos por el CPPC, El Art. 33 B) de la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y el Art. 16 de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, señalan: “El Tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el artículo anterior o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Así mismo, podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de otro medio.”

Por otra parte, el Art. 33 D) de la Ley 19.366 y el Art. 18 de la Ley 18.314 señalan: “Las declaraciones de (…) testigos y peritos, cuando se estime necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad al artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de Garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo

penal, en su caso. Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta. En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contra interrogarlo personalmente.”

CAPITULO 4

RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

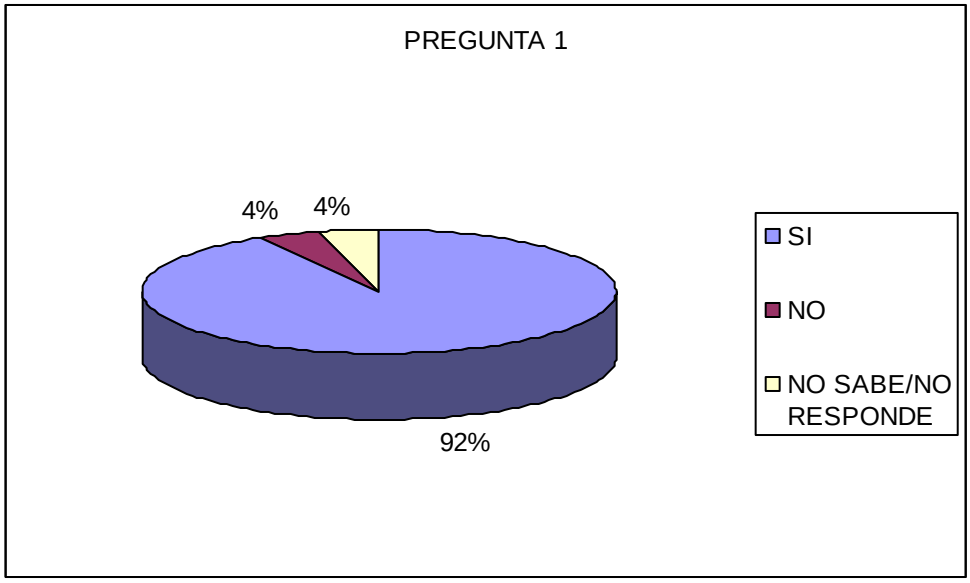
La investigación de campo fue realizada por medio de método de investigación denominado muestreo selectivo de informantes claves, con la utilización de la de la técnica de entrevista estructurada o dirigida y cuyo instrumento lo constituyó la cedula de entrevista. Estas fueron dirigidas, a los sujetos intervinientes en el Sistema de Justicia Penal: Fiscales, Jueces y Defensores, de la zona metropolitana de San Salvador. La muestra estaba conformada por veinticuatro informantes claves: cuatro jueces, diez fiscales y diez defensores.

Las entrevistas se encontraban estructuradas por una parte general de interrogantes dirigida a todos los sectores de entrevistados, y tenían como objeto fundamental el obtener información directa de los operadores e intervinientes del sistema de justicia que permitiera complementar la investigación, comprobar o no la hipótesis planteadas y sondear las tendencias de los mencionados sectores respecto al tema de la presente investigación.

Se presentan a continuación el análisis interpretativo de la información obtenida, para lo cual se exponen conjuntamente los datos que cada sector ha proporcionado en las interrogantes realizadas.

Las entrevista consistió en una serie de preguntas cerradas de carácter general, con el objeto fundamental de establecer los criterios de los principales sectores que participan de los procesos penales, y así determinar cuales son los puntos de vista respecto a la utilización de la figura del testigo anónimo dentro del régimen de protección a testigos.

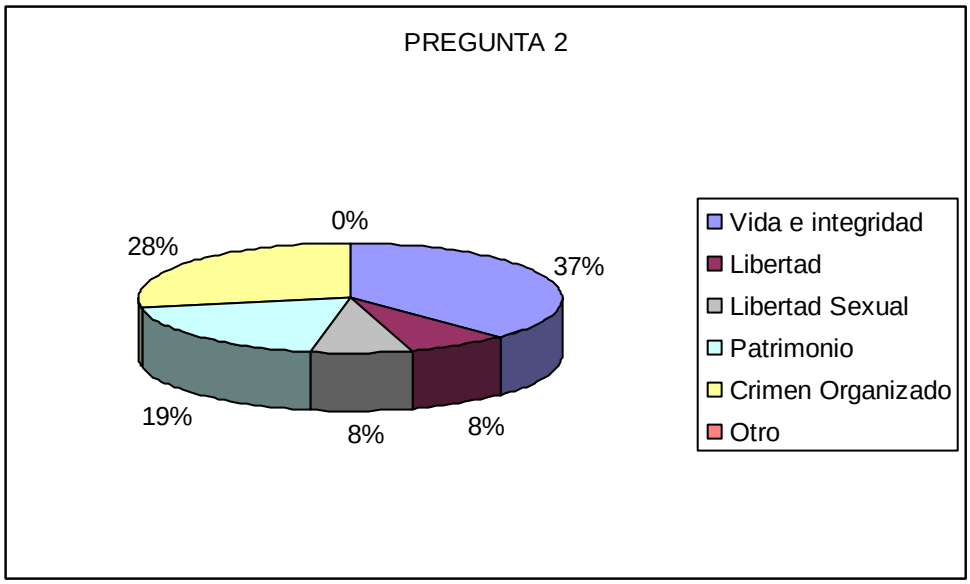
Pregunta 1: “Ha participado en juicios en los que se utilice testigos con régimen de protección”.



La gran mayoría de entrevistados manifestó que ha participado en procesos penales en donde se ha aplicado independientemente en que etapa procesal el régimen de protección a testigos. Se estimo conveniente la extracción de este dato para determinar en que medida la posterior información podría captar datos verídicos, es decir criterios jurídicos de casos concretos en que los entrevistados han participado y en los cuales posiblemente se ha utilizado la figura del testigo anónimo, y determinar con más facilidad su opinión respecto a la situación planteada en la investigación.

La información de esta pregunta sienta un precedente para las siguientes preguntas que tienen una relación concatenada de sucesos, y facilita que el entrevistado informe de lo que comúnmente sucede en los casos concretos, tomando en cuenta que cada caso tiene singularidades y circunstancias especiales, pero resulta necesario el establecer ciertos parámetros que sirven de guia.

Pregunta 2: “En que casos se suele otorgar el régimen de protección.”



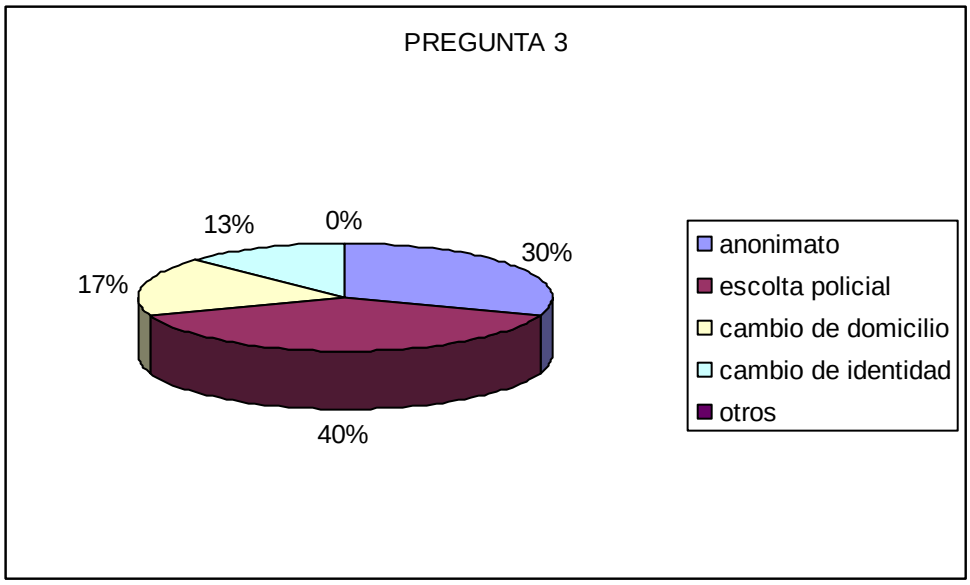
Los datos de esta pregunta recalcan la existencia de varios casos en que es posible la utilización del régimen de protección de testigos, y generalmente suele responder a la situación de peligro real o potencial y no al bien jurídico transgredido por el hecho punible.

Los entrevistados respondían varias opciones a la respuesta, lo que muestra que este régimen no se ha limitado su aplicación a cierto tipo de delitos, sino más bien responde a las circunstancias específicas de cada proceso.

Entre los sectores existe un acuerdo en señalar, que son aplicables mayoritariamente estas medidas en delitos contra la vida e integridad, crimen organizado y el patrimonio. Respondiendo eso a que los autores de estos delitos en gran parte lo forman sujetos de pandillas o de extrema peligrosidad.

Este aspecto demuestra que la aplicabilidad en el sistema de las medidas de Protección resulta de las circunstancias que a juicio de las partes inciden o potencialmente pueden amenazar un bien jurídico del testigo, lo que dificultaría la asistencia del mismo a los actos en que sea requerido.

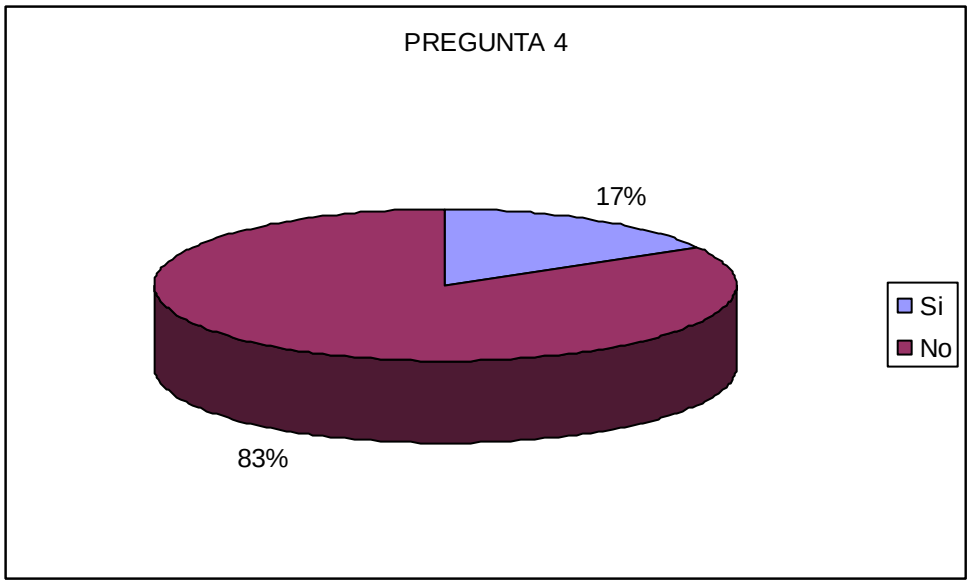
Pregunta 3: “Que medida de protección se suele otorgar”.



Todos lo sectores coincidieron en señalar, que la medida mas utilizada es la escolta policial, por representar un mecanismo inmediato y directo de protección.

Los entrevistados que se desempeñan como defensores señalaron que una de las medidas mas utilizada suele ser el anonimato del testigo. Por su parte los fiscales por el contrario manifiestan que el cambio de domicilio y de identidad son los mecanismos utilizados dentro del régimen protección de testigo. Por su parte los jueces han establecido una opinión dividida al respecto, al considerar que dependiendo de las circunstancias que rodean el caso se establecen cuales pueden ser las medidas mas efectivas que aseguren el objeto de la aplicación del régimen y que dicha medida sea la menos lesiva a los derechos del imputado.

Pregunta 4 :“Cuando se otorga la medida de protección, ¿conoce la Defensa técnica la identidad del testigo?

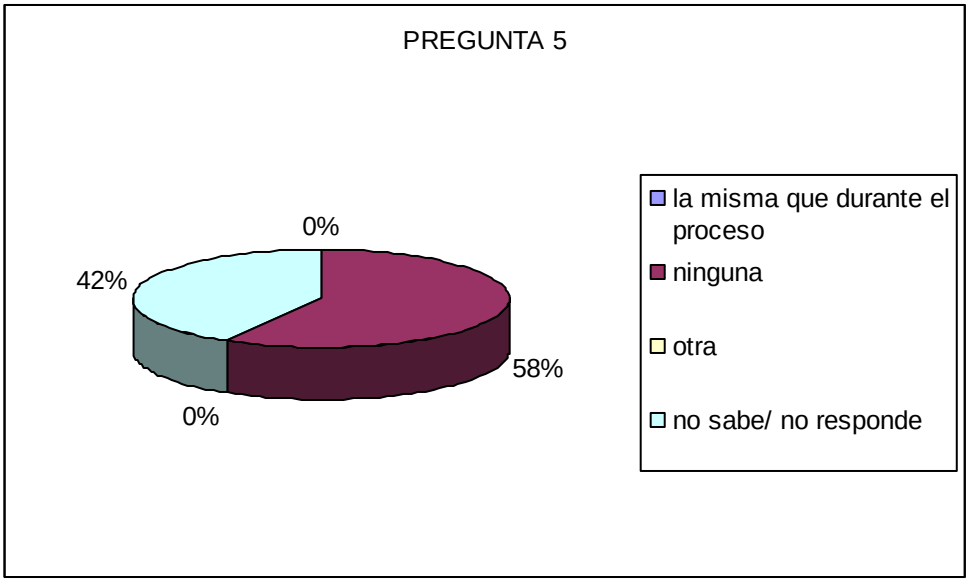


Los entrevistados, han señalado que en la gran mayoría de casos que los defensores no conocen la identidad del testigo en el momento en que es destinatario del régimen de protección a testigos.

Es delicado el señalamiento hecho, pues al ocultarse la identidad del testigo a la defensa técnica, potencialmente se deja sin medios necesarios para la preparación de la defensa, limitando así mismo un futuro examen de contra interrogatorio efectivo, en razón de desconocer al defensa la identidad del testigo, impidiendo refutar el contenido del testimonio o la personalidad de este. Asimismo impide un verdadero juicio contradictorio, pues no se tiene la reacción que ocasiona en el testigo el examen de contra interrogatorio.

Los Fiscales solicitan esta medida en la mayoría de casos, en el supuesto que es el único medio eficaz para proteger al testigo de posible agresiones a su integridad, valiéndose de la excusa que los imputados tienen mecanismos ilegales para causar agravios en los testigos o influir en el testimonio de estos mediante amenazas.

Pregunta 5: “Cuando concluye el juicio, ¿Qué medida de protección recibe el testigo?”.



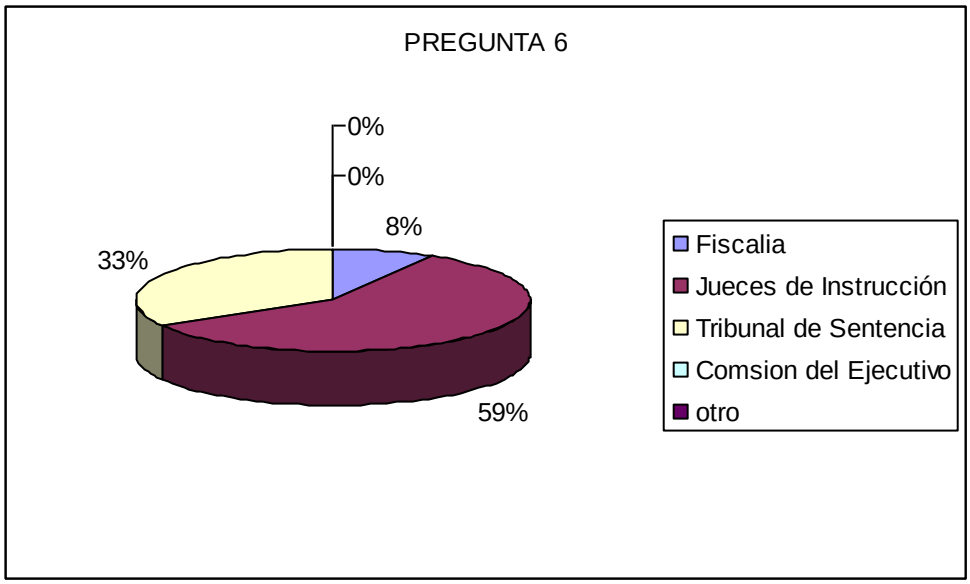
El señalamiento hecho por lo entrevistados en el sentido que los testigos posterior a los procesos no recibe adicionalmente ningún régimen de protección, resulta lógico al analizar que el actualmente el régimen no cuenta con los recursos económicos ni personales para emplear un sistema integral.

Todos los sectores señalan que no hay forma de proteger posteriormente a los testigos, pues no existe una institución encargada de velar por dicha medidas de protección.

Hasta hoy se ha sido de la concepción que las medidas sean cuales sean, no han sido efectivas, pues aun resultas afectados los testigos.

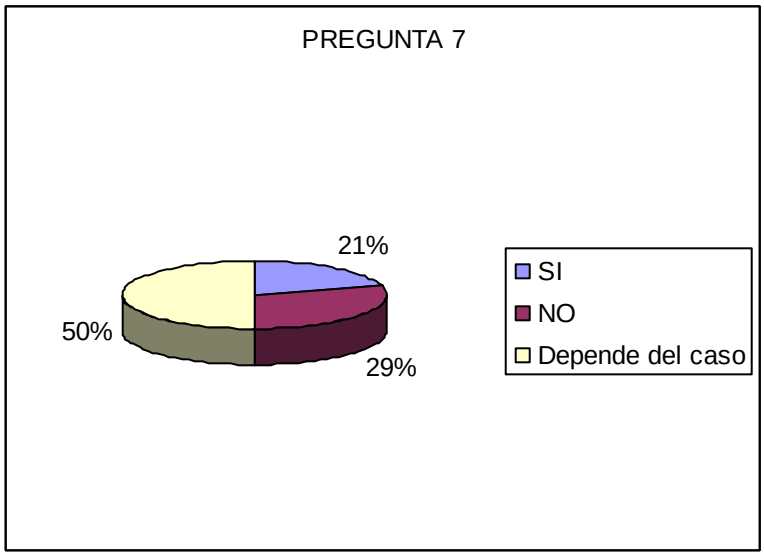
Un efectivo régimen de protección de testigos, tiene como supuesto la existencias de condiciones para el normal desempeño del testigo en la sociedad, posteriormente a haber participado dentro del proceso penal, y no significa la vulneración de garantías y derechos durante el proceso.

Pregunta 6: “¿Quien debería decidir si se otorga el régimen de protección?”.



Resulta evidente el hecho que ninguno de los actores aprueba el que una comisión gubernamental se encargue de la ejecución del régimen de protección de testigo. La postura mayoritaria, responde al hecho que el Juez de Instrucción consta con los elementos necesarios para establecer la necesidad o no de la aplicación del régimen para un testigo, en razón que este es el encargado de recopilar los elementos probatorios a la investigación para que estos en la etapa de vista pública puedan ser reproducidos ante el pleno. Además es el periodo procesal más extenso y es en donde el testigo puede sufrir mayores perjuicios. En el caso de los jueces de sentencia, consideran algunos entrevistados que estos son a fin y al cabo los que valoran críticamente los elementos presentados al juicio y bien pueden emitir medidas de protección en caso de ser necesarias. La Fiscalía puede a juicio de quienes contestaron así, realizar medidas urgentes para proteger la integridad o vida de algún testigo.

Pregunta 7: “Cree que es posible preparar una defensa sin conocer la identidad de los testigos de cargo”

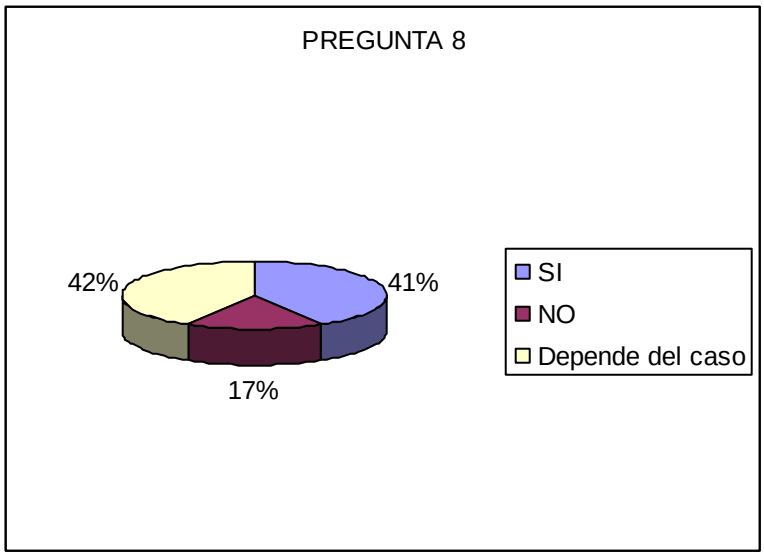


Han sido casos muy aislados los que han manifestado la posibilidad de preparara efectivamente la defensa de un imputado en el caso de testigos anónimos. Esto viene a confirmar el criterio que han manifestado los sectores más garantistas al decir que no existen siquiera los medios necesarios para contradecir el testimonio de una persona que ni siquiera se conoce.

No obstante lo anterior también un gran numero de entrevistados ha declarado que las circunstancias de cada caso posibilitan en menor o mayor medida la preparación de una defensa efectiva a favor del imputado. Se ha logrado contradecir o destruir los testimonios de testigos anónimos, a juicio de los defensores entrevistados, en razón de cuestiones de forma en los testimonios, y no en cuestiones de fondo que son desconocidas totalmente; esto no quiere decir en ningún momento que sea valido por ello la utilización de los testigos anónimos como regla general.

Debemos de mencionar que la posibilidad de una defensa efectiva radica en la posibilidad de contradecir todos los medios de prueba, resulta una limitante a este principio la utilización de testigos anónimos y mas grave aun cuando este es el único elemento probatorio en el proceso.

Pregunta 8: “¿Cree que seria posible preparar una acusación efectiva sin conocer la identidad de los testigos de descargo?

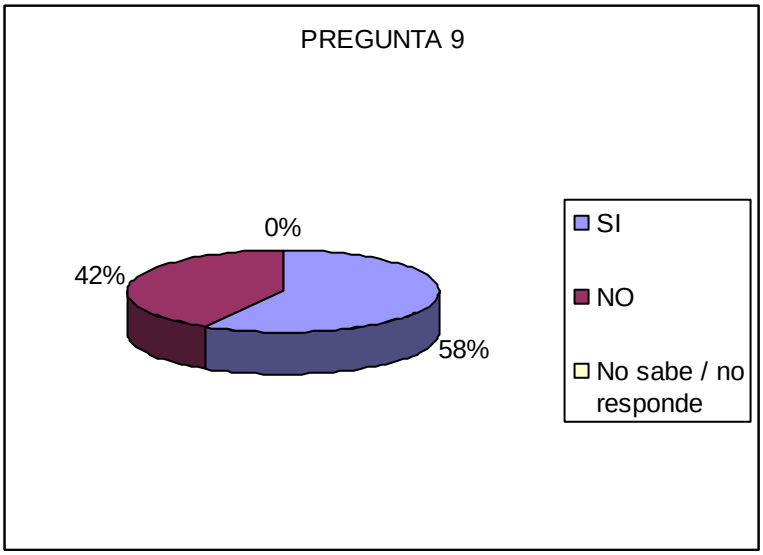


Los entrevistados manifestaron, mayoritariamente que las acusaciones para que puedan tener un robustez desde que se da por iniciado el proceso, debe constar con varios elementos probatorios. Seria hasta cierto punto riesgoso el iniciar un proceso penal contando con un único elemento de prueba.

No obstante lo anterior, depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto, recordemos que la carga de la prueba corresponde al ministerio público y en caso que las pruebas de cargo no sean suficientes la acusación no tiene ningún sentido. El principio de comunidad de la prueba exige que una vez introducido al proceso un elemento, este pueda ser utilizado por todas las partes procesales, pero resultaría ilógico pensar en la posibilidad de preparar una acusación en base a elementos que se desconocen, pero eso no limita que pueda prepararse respecto de aquellos elementos que si se conocen.

Esta pregunta surgió como una variable dependiente de la pregunta anterior, con el fin de determinar en que medida puede encontrarse en desventaja un fiscal sin conocer la prueba de descargo, en contraste a lo sucedido al defensor al desconocer la prueba de cargo.

Pregunta 9: “Cree que el Derecho de Defensa se ve afectado al no conocerse la identidad del testigo”

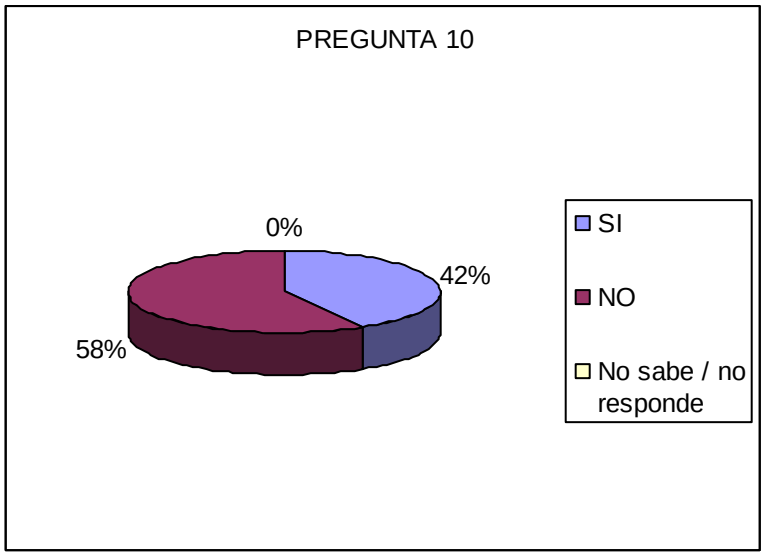


Los entrevistados que forman parte del sector de jueces y defensores, manifestaron rotundamente que la identidad de un testigo es un elemento fundamental del juicio oral, pues posibilita la preparación efectiva de una defensa, que se ve concretizada al momento del examen de contra interrogatorio. Recalcando que debe existir en todo momento del proceso un equilibrio entre las partes, pues al presentarse el caso de un testigo anónimo resultaría que las parte defensora no estaría en igualdad de condiciones respecto al Fiscal.

En el mismo sentido se ha manifestado por parte de los interesados que la utilización de la figura del testigo anónimo limita el principio de inmediación y contradicción en el juicio oral, si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las precisiones necesarias que le permitan establecer si éste es parcial, hostil o indigno, y difícilmente podrá demostrar que las declaraciones inculpatorias que verifique pudieran ser mentira o el resultado de errores, al faltarle la información que le pueda

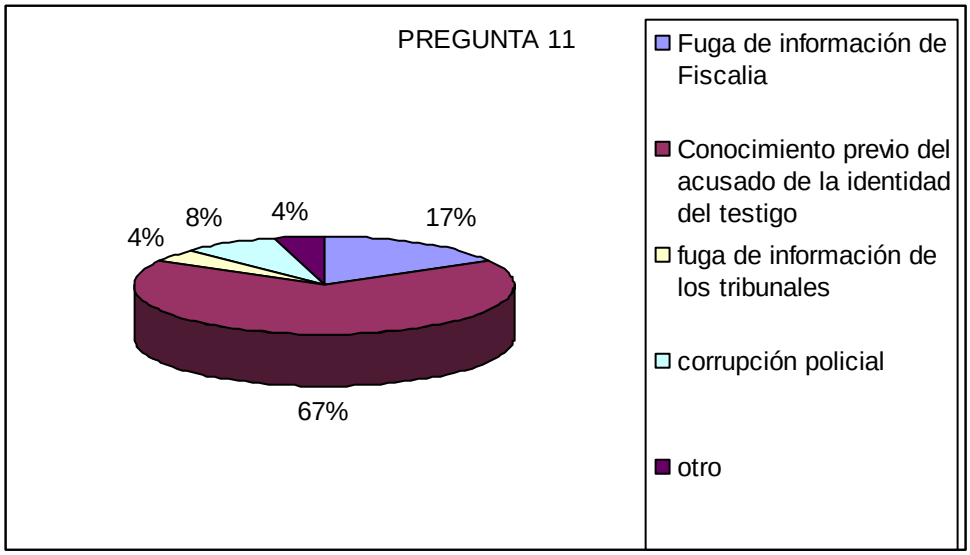
proporcionar tal identidad, no estando en condiciones de controlar la debilidad del testimonio o la credibilidad del testigo.

Pregunta 10: “Cree usted que el anonimato es una medida de protección efectiva”



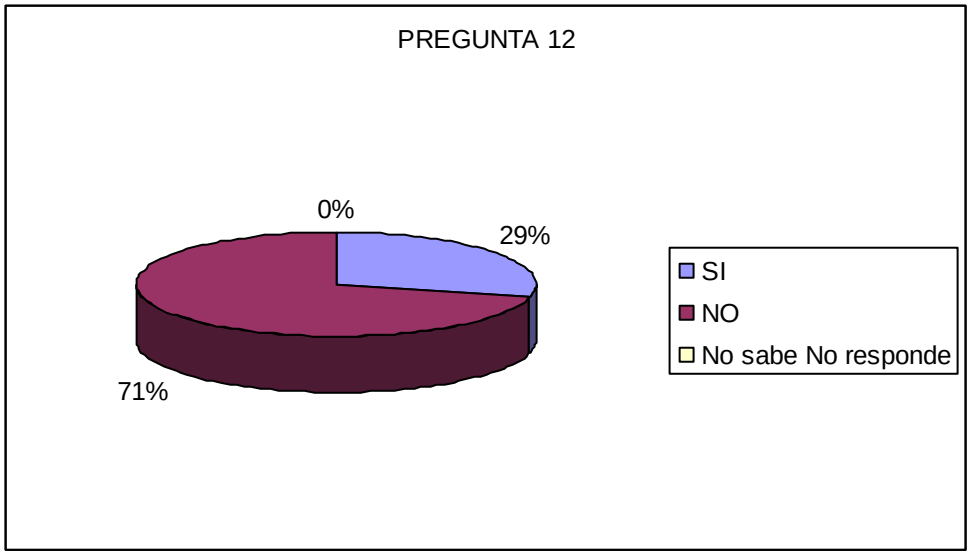
Evidente que la respuesta a esta pregunta es motivada por el rol que el entrevistado desempeña en los procesos penales. En el caso de los Fiscales consideraron que esta medida es totalmente efectiva, seria ilogico pensar en que su respuesta fuera distinta, sin son ellos quienes solicitan a los administradores de justicia la aplicación de esta medida dentro del régimen de protección de testigos. En el caso de los defensores y jueces, por el contrario manifestaron, que esta medida resulta ineficaz, pues esta medida solo es un mecanismo temporal de protección, y tomando en cuenta que dicha medida es atentatoria a garantías que rigen el proceso y de derechos del imputado. Resulta en muchos casos que no obstante contar con un régimen de protección los testigos sufren agresiones, y hasta la muerte, sin obviar que en ocasiones optan por no acudir a las diligencias judiciales para las que son requeridos.

Pregunta 11: “Que factores cree que le restan efectividad al anonimato como medida de protección de testigos”



Ninguno de los entrevistados puede dar la certeza sobre la existencia o no de factores que hacen ineficaz el régimen de protección de testigos, en este caso como pura especulación estimaron en su mayoría que resulta ineficaz el régimen de protección de testigos, en razón que el imputado conocía previamente al proceso a la persona que interviene en como testigo. Lo anterior es constatado por las mismas estadísticas, al señalar que las personas que reciben el régimen de protección a testigos son en su mayoría testigos presénciales del delito, y son observados por lo general por los autores de los delitos, por lo que resulta ineficaz en algunos casos el solo hecho de ocultar la identidad o los rasgos físicos del testigo. Este dato viene a recalcar la necesidad del establecimiento de medidas distintas, que sean eficaces y que cumplan con los criterios legales y doctrinarios referentes al respeto de las garantías del debido proceso y el derecho de defensa. No podemos obviar la necesidad de protección a los testigos que se encuentran en situación de peligro, la falta de una legislación adecuada y recursos suficientes para destinarlos a dicho programa.

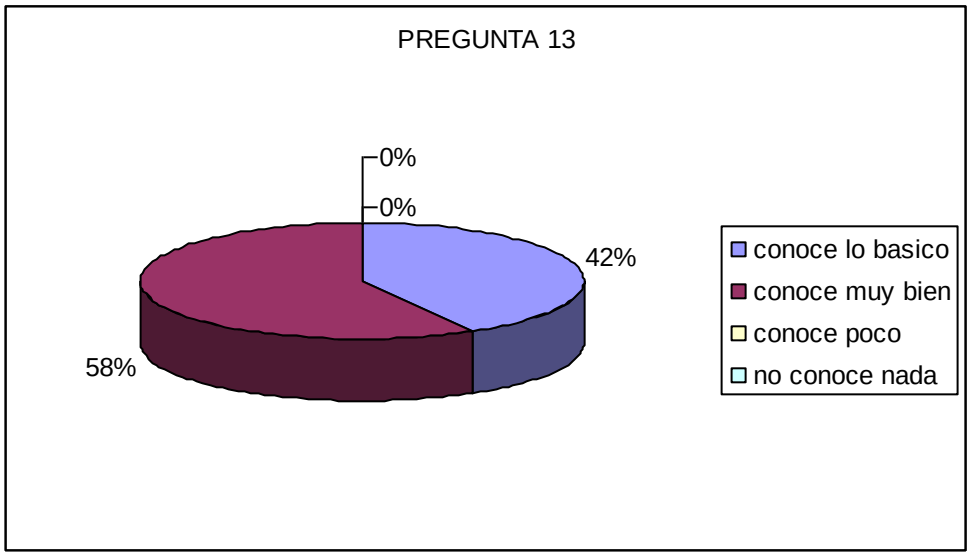
Pregunta 12: “En su opinión, es compatible el anonimato de los testigos con la garantía constitucional del debido proceso”.



Claramente se detecto con esta pregunta los criterios radicalmente contrarios que existen entre los actores del proceso penal. Así los defensores y jueces, incluso algunos fiscales manifestaron que existe una vulneración al debido proceso el anonimato de los testigos, aun y cuando esta medida sea legalmente valida, es contraria a principios generales de derecho, y de mucha legislación internacional vigente.

La mayoría de fiscales manifestaron que dicha medida no vulnera los principios del debido proceso. Consideran que la Legislación es el resultado de un estudio que conforme a la Constitución resulto con la aprobación de dichas normas, y mas aun con la aparición de un nuevo régimen especial.

Pregunta 13: “que tanto conoce usted sobre el debido proceso y el derecho de defensa enunciados en los Tratados Internacionales”.

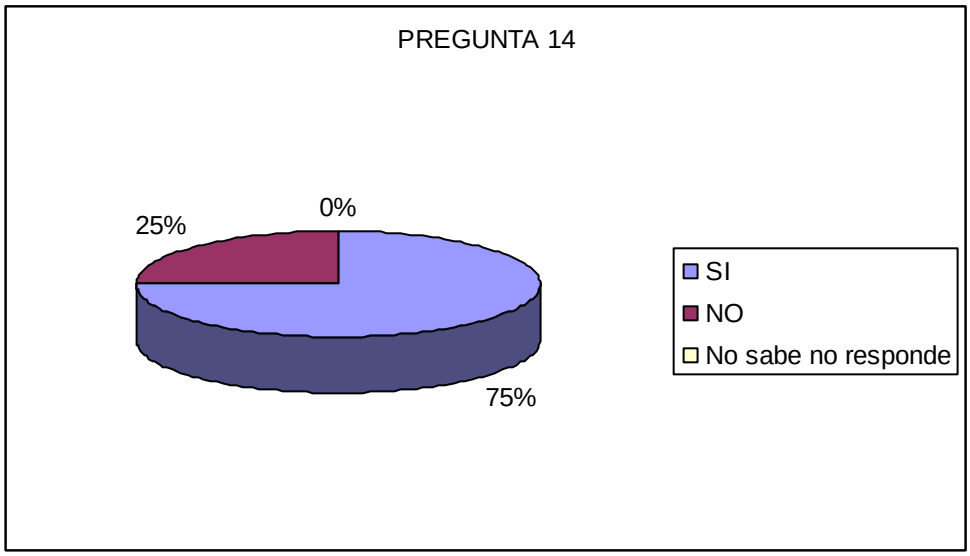


Respecto a este dato, consideramos de gran importancia conocer si los operadores de justicia tienen claro las normativas internacionales vigentes para nuestro país, así como el contenido y alcance de dicha normativa.

En la legislación internacional se han establecido criterios mínimos respecto al debido proceso y el derecho de defensa, que deben ser respetados por los Estados partes, constituidos normas de obligatorio cumplimiento (jus cogens), y las cuales no admiten alegatos en referencia al derecho interno para no observarlos.

Es importante la aplicación práctica de los Tratados internacionales, es un mecanismo superior a las normas secundarias para hacer vales los derechos y garantías.

Pregunta 14: “En su opinión, es compatible la utilización de testigos anónimos con la garantías procesales consagradas en los Tratados Internacionales”.

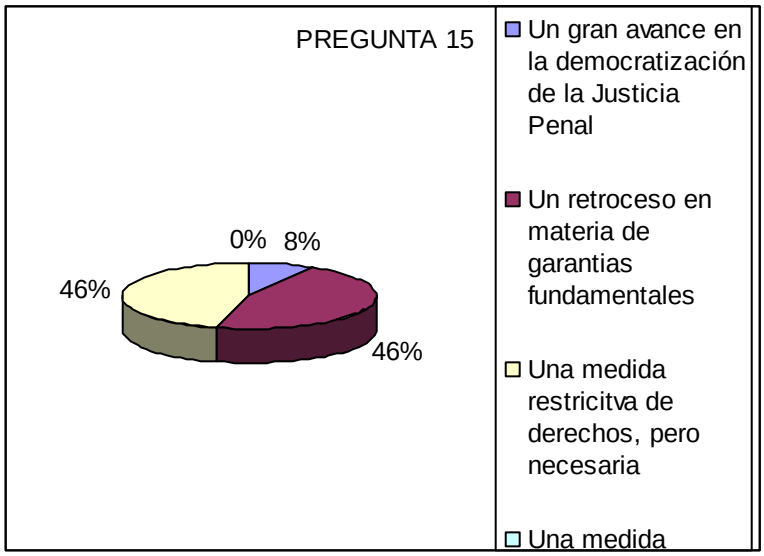


Un criterio mayoritario por parte de los entrevistados manifestó la opinión, que la utilización de testigos anónimos no responde a los principios consagrados en los tratados internacionales ni a los principios generales del derecho.

No obstante lo anterior, algunos fiscales manifestaron que la utilización de dicha figura esta dentro de los limites establecidos por la legislación internacional.

Otros son del criterio que es importante la utilización de dicha figura pues asegura la comparecencia de los testigos a las diligencias en que son requeridos, basados en la seguridad e integridad de las personas que colaboran con la administración de justicia.

Pregunta 15: “La utilización de testigos anónimos es en su opinión”

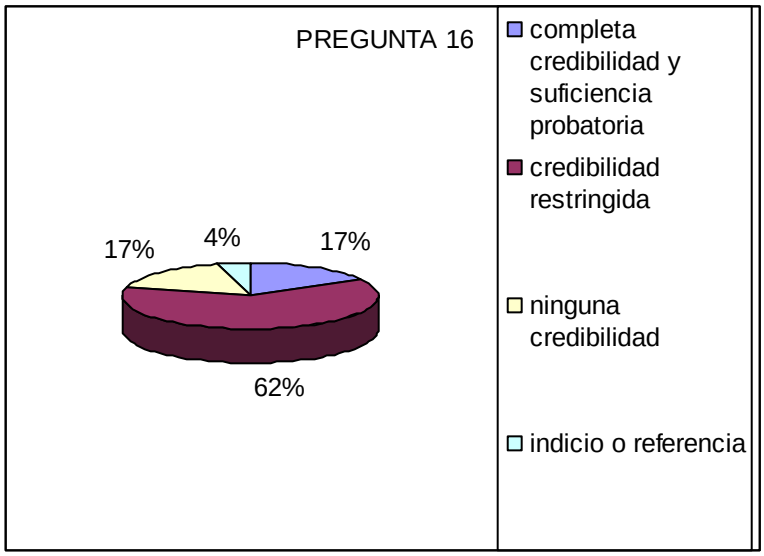


En este aspecto se ha valorado las tendencias dominantes, en igual proporción han manifestado las personas entrevistadas por un sector, que la utilización de testigos anónimos ha significado un retroceso en materia de garantías fundamentales y otro sector que manifiesta que dicha medida es una medida restrictiva de derechos pero necesaria para el proceso.

Es delicado hacer mención lo que significa considerar la utilización de testigos anónimos como un mal necesario. Es grave considerar la vulneración de garantías y derechos como un mecanismo indispensable para llevar a juicio hechos punibles y la necesidad de encontrar un culpable.

Se ha mantenido un criterio que considera como un retroceso en materia de garantías la utilización de dicha figura, ya que por regla general debe de proporcionarse a la defensa los medios necesarios para preparar un defensa dentro del proceso, y encontrarse respecto a la acusación en igualdad de condiciones; situaciones que se ven violentadas con la utilización de un testigo anónimo, desconociendo la prueba que se quiere controvertir.

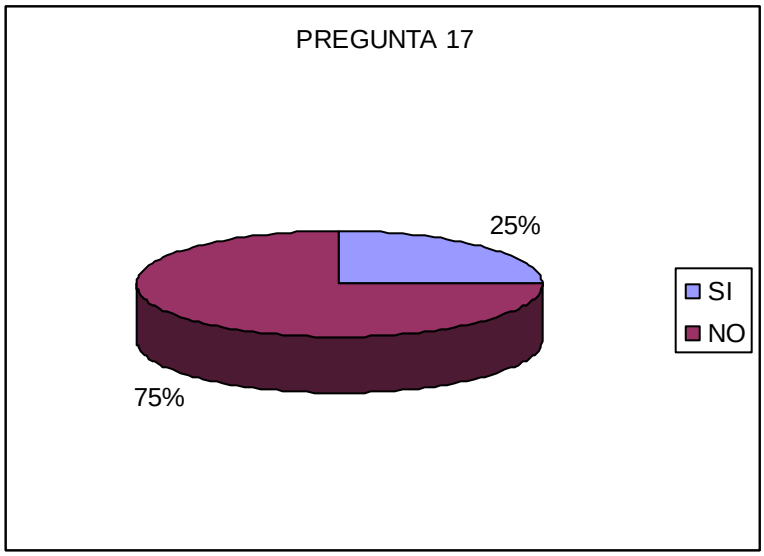
Pregunta 16: “Que valor probatorio se le debe dar a la declaración de un testigo anónimo”



Los entrevistados del sector defensa y jueces, sostienen que la valoración que debe darse a los elementos que pueden ser agregados al juicio por un testigo anónimo gozan de una credibilidad restringida. Mas aun cuando el dicho de un testigo anónimo es el único medio de prueba con el que se cuenta. Suele suceder en los procesos que lo dicho por los testigos anónimos no puede ser contradicho por la defensa técnica del imputado, lo que dificulta hacer una valoración por parte de los jueces de la credibilidad del testigo y del contenido del testimonio.

Para otro sector, es criterio que el dicho de un testigo tiene la misma credibilidad que la declaración de un testigo que no goza de ninguna medida da protección ni de ocultación de su identidad, por lo que perfectamente puede ser única y suficiente para declarar la culpabilidad de un imputado el solo dicho de este tipo de testigos. Este criterio va en contra de lo establecido por la jurisprudencia internacional en abundantes casos respecto a la utilización de los testigos anónimos.

Pregunta 17: “Seria adecuado basar una sentencia condenatoria en la declaración de un testigo anónimo”



La gran mayoría de los entrevistados señalan que la declaración de un solo testigo y con la agravante de anónimo no debe ser prueba suficiente para declarar culpable a un imputado.

La nueva ley establece que en caso de contarse con un único testigo en el proceso, previa petición de parte puede obviarse la utilización del anonimato como medida de protección.

La jurisprudencia internacional ha manifestado en múltiples sentencias que el dicho de un solo testigo anónimo no debe ser suficiente para condenar, sino mas bien debe haber una concordancia entre muchos medios de prueba y el testigo anónimo.

Los jueces en la actualidad tienen un criterio conservador en este aspecto, al valorar lo dicho por un testigo anónimo en relación a otros medios de prueba que sean legalmente aportados al proceso y en cumplimiento a todas las garantías.

CAPITULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al inicio de esta investigación de planteo la siguiente hipótesis: “La utilización del testigo anónimo dentro del régimen de protección a testigos por parte de los jueces y Fiscalia General de la República, genera violaciones al de debido proceso y al derecho de defensa del imputado, reconocidos en la doctrina y establecidos en la constitución, tratados internacionales y el código procesal penal”

Luego de la ejecución del proyecto de investigación y la documentación que se ha realizado del mismo, podemos concluir que se ha cumplido la hipótesis planteada, obteniéndose además las siguientes conclusiones y recomendaciones:

5.1 CONCLUSIONES SOCIO-POLÍTICAS

- La delincuencia organizada y el clima general de violencia social genera un estado de temor y angustia para quienes comparecen en calidad de testigos en el proceso penal
- La política criminal del Estado salvadoreño esta encaminada a la maximización de las penas, a la restricción de las garantías de los ciudadanos y a la represión, evadiendo la responsabilidad de prevención.
- El discurso político de las naciones tercermundistas va encaminado a crear una confrontación directa entre las garantías de los procesados y el bien colectivo, confrontación que a nuestro juicio es innecesaria

- El rumbo de la política criminal del Estado salvadoreño es el caldo de cultivo idóneo para traer a la practica, mecanismos arcaicos y propios de sistemas inquisitivos (el testigo anónimo es uno de esos mecanismos)
- La protección de testigos es muchas naciones del mundo un instrumento apropiado en la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico, no obstante, los mecanismos nunca limitan de forma definitiva la actividad probatoria de la defensa técnica
- En El Salvador, la protección de testigos hasta la fecha, no ha logrado contribuir de forma sustancial al esclarecimiento de delitos graves, ni ha funcionado adecuadamente, pues en un sentido estrictamente pragmático, los testigos siguen sufriendo atentados contra su seguridad.

5.2 CONCLUSIONES DOCTRINARIAS

- El debido proceso es el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"
- El debido proceso es el proceso en el cual no se prive a ningún individuo de la tutela de sus derechos fundamentales, que concluya en el dictado de una sentencia fundada en el fiel cumplimiento de los principios supremos inherente a un Estado de Derecho
- El debido proceso de Ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a todo individuo en razón de su condición de ser humano, tal como lo enuncian, junto a otros derechos y garantías fundamentales que ostentan el mismo carácter, los ordenamientos constitucionales de los Estados, así como el ordenamiento internacional

- Los elementos del debido proceso pueden enumerarse asi: la existencia de un tribunal competente e imparcial, establecido por ley, con jurisdicción y competencia adecuada, así como la concesión al demandado de derechos tales como notificación de la acusacion que lo afecta, concesión de un plazo razonable para comparecer y exponer derechos, posibilidad de ser oído en juicio (principio de bilateralidad de la audiencia), de contradecir los dichos de la contraparte (principio de contradicción), concesión de un tiempo racional para que se defienda y para aportar pruebas, posibilidad de controlar las pruebas presentadas en su contra, libre aportación de pruebas para su defensa y que el tribunal las reciba en forma legal, obligación para los jueces de fundamentar sus fallos, y finalmente, el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia
- Doctrinariamente y en todo país civilizado y respetuoso del debido proceso Las partes deben comparecer al tribunal con igualdad de derechos y de oportunidades, teniendo a su disposición las mismas garantías, medios de ataque y de defensa, igualdad de amas y de acceso a los medios de prueba (son estos derechos procesales consustanciales al derecho de defensa).
- Dentro del contenido del debido proceso, el derecho de defensa consiste en la facultad de todo justiciable a disponer de todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos, cuya privación o desconocimiento en su perjuicio conlleva lo que denominamos indefensión o violación del derecho de defensa. La violación del derecho de defensa no sólo se produce cuando se vulneran las reglas procesales, sino también cuando se atenta contra cualquier otro derecho envuelto en el proceso, ya sea por parte del órgano

jurisdiccional, o por la de una de las partes, siempre que implique la privación o disminución de las posibilidades de defenderse

- Esencial al derecho de defensa por permitir la administración y realización de las pruebas, la contradicción en juicio permite el equilibrio entre las partes, constituyendo un aspecto del derecho de la igualdad de armas. El mencionado derecho consiste, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos, y en lo que a las partes se refiere, en “la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o piezas producidas por la otra parte, así como de discutirlas”. Podemos decir, pues, que constituye la facultad de las partes de conocer las pruebas, medios y alegatos a fin de ponerlas en condiciones de discutirlas o contradecirlas. No se concibe el derecho de defensa y su ejercicio, ni es efectivo aquel que se refiere a las pruebas y a los medios de prueba, siempre que sean pertinentes y necesarios y conduzcan a la verdad para culminar en una condenación justa y razonable sin contradicción procesal. Los medios de prueba, el derecho a la prueba, y los hechos a probar por los medios admitidos, en su realización, práctica y administración deben hacerse de modo que las partes en el proceso conozcan esos medios de prueba, estén presentes y supervisen su administración, y sean puestas en condiciones de discutirla o contradecirla.
- El conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa, es esencial para hacer efectivo el derecho de defensa y el principio de contradicción, al examinar al testigo en el contra interrogatorio sobre la veracidad de sus declaraciones o sobre sus condiciones personales de credibilidad.
- La prueba testifical, al igual que cualquier otra, ha de producirse contradictoriamente, o sea, ante la presencia física del acusado, quien a

través de su abogado ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder contra interrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación publica.

- La protección de testigos, por ser una medida excepcional, no debe otorgarse por cualquier clase de delito. Solamente algunas circunstancias concretas dan lugar a la protección de testigos. La mayoría de países democráticamente avanzados (USA, CANADÁ, ARGENTINA, UK) conceden el régimen de protección cuando los delitos ventilados tienen relación con el narcotráfico, el crimen organizado o la corrupción gubernamental.
- El mantener en el anonimato a los testigos en cualquier clase de delitos, sin hacer diferenciaciones, es típico en los países en los que se experimenta un subdesarrollo notable en materia de derechos humanos y en los cuales las instituciones de investigación y acusación (Policía, Ministerio Publico) siguen sumidas en el sub-desarrollo
- Los regimenes de protección deben ser administrados por el poder Jurisdiccional. No hay nada de malo en que el Estado utilice su fuerza y sus recursos en proteger a los testigos (es su obligación hacerlo). No obstante el sistema democrático de pesos y contra pesos, apunta a que los programas de protección deben ser administrados y otorgados por el órgano judicial
- En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración.

- El contra interrogatorio se divide en dos partes: una que ataca la credibilidad del testigo por características personales, y otra que ataca su credibilidad por la coherencia de su relato; en estricto sentido, es ilusorio el afirmar que se puede realizar un contra interrogatorio sobre la base de la improvisación, y en ignorancia de las generales del testigo
- La revelación de la identidad real es el único mecanismo que la defensa tiene para poder actuar, para hacerse efectiva en ese caso concreto, en términos duros de contra interrogar a esos testigos". Uno de los aspectos más esenciales del contra interrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad etc.
- El mantener en el anonimato al testigo impide que al proceso se introduzca información que permitiría al tribunal tener un panorama mas amplio de la credibilidad del medio probatorio
- Por otra parte, nuestro Código Procesal Penal establece que el convencimiento que debe existir en el juez para arribar a la sentencia, debe ser más *allá de toda duda*. Nos parece evidente que la declaración de este tipo de testigos genera, al menos, una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción exigida por la ley.
- En nuestra opinión, la credibilidad del testigo y su potencialidad probatoria se ven sin duda afectados, mientras mayor y más intensa es la protección de la que goza. De allí que, podríamos sostener, admitiendo alguna influencia alemana, que existirá una relación inversamente proporcional entre la intensidad de la protección y la potencialidad probatoria de la declaración del testigo protegido.
- Dicho con otros términos, la declaración del testigo protegido que concurre a declarar en el juicio oral, con su nombre verdadero y de cara

al acusado, será la que tendrá mayor virtualidad probatoria, mayor poder convictivo. En contrario, la declaración de ese otro testigo protegido que declara con máxima protección, sin que la defensa pueda conocer ni su identidad, ni su rostro, de manera previa al juicio y durante el mismo, en que el contra interrogatorio se limita al contenido de las declaraciones del testigo, un tanto a ciegas, verá afectada esa potencialidad probatoria, de la misma manera, esto es, para decirlo en término matemáticos, la convicción probatoria de ese medio será inversamente proporcional al grado de afectación del derecho de defensa. debemos garantizar la protección del testigo, debemos hacer todo lo posible por llevar a ese testigo al juicio, minimizando al máximo el riesgo para ese ciudadano que está colaborando con la justicia, pero al menor costo posible para el derecho de defensa. Y ese equilibrio pareciera encontrarse en esta ecuación: mientras más intensa sea la protección del testigo, menor valor probatorio tendrá su testimonio.

5.3 CONCLUSIONES NORMATIVAS

- A nuestro juicio, un ordenamiento jurídico en el cual se acepta como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada para la defensa, sería inconstitucional, y atentaría, asimismo, contra la garantía del debido proceso. El contra interrogatorio de testigos sería una parte esencial del derecho de defensa en un proceso en que es el *único medio* existente para controvertir dicha prueba. De ahí que podemos sostener que no podría entonces limitarse este derecho ni siquiera parcialmente, pues, además, los pactos internacionales no reconocen limitación alguna, bajo ninguna circunstancia al contra interrogatorio. Aparentemente no existe ningún motivo de forma para afirmar la

existencia de violaciones, existen motivos de fondo suficientes que resultan del análisis de la legislación y las instituciones jurídicas relacionadas en la presente investigación.

- La Constitución como parámetro normativo principal, establece una seria de garantías indispensables dentro del proceso penal, las cuales se ven violentadas con la implementación de medidas como la de ocultar a la defensa la identidad de un testigo de cargo; consideramos que existe violación especifica a los artículos 11 y 12 de la Constitución de la República de El Salvador, referente al debido proceso y el derecho de defensa.
- La legislación Internacional ha establecido un marco de actuación para los Estados, que responde a las nuevas tendencias garantistas, y que resultan de obligatorio cumplimiento para los Estados por ser consideradas normas de ius cogens. Por lo tanto la vulneración de dichos principios posibilitado por un régimen de protección a testigos a través de la figura del testigo anónimo resulta en la violación a: de los arts. 10 y 11 de la declaración universal de los derechos del hombre, arts. 18 y 26 de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, arts. 14 y 15 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, y a los arts. 8 y 9 de la Convención americana sobre derechos humanos.
- Asimismo concluimos que el sistema de derechos humanos de los países europeos significa hoy en día un ejemplo práctico del rechazo a mecanismos como los testigos anónimos, por ser violatorios a los principios, garantías y derechos del ordenamiento jurídico. Tomando como ejemplo muchas sentencias del Tribunal europeo de derecho humanos basados en las reglas de la Convención Europea sobre derechos humanos.

- El Código Procesal Penal de nuestro país, ha establecido hasta hoy en día una serie de garantías que se ven limitadas concretamente con la aplicación del régimen especial de protección a testigos de forma discrecional por parte de los operadores de justicia que responden muchas veces a presiones sociales, y no al interés público que reviste a los procesos penales.
- La nueva ley especial que establece un Régimen especial de protección a testigos y peritos, no vendrá a solucionar un conflicto que radica en problemas sociales de mayor envergadura, y que necesita de verdaderas instituciones que responda a las necesidades imperantes y que íntegramente respete la Constitución, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho. Hoy se abre la posibilidad que la decisión que afecte derechos y garantías del imputado sea dictada por una entidad administrativa, convirtiéndose una injerencia directa en la imparcialidad e independencia de la administración de justicia.

5.4 RECOMENDACIONES SOCIO-POLÍTICAS

- Se debe realizar una re ingeniería en la política criminal del Estado salvadoreño, que abarque la prevención del delito y refuerce los mecanismos de investigación, haciendo que la fuerza probatoria de un caso no recaiga exclusivamente en la prueba testimonial.
- Es imperativo y urgente que creen mecanismos eficaces de protección a los testigos, para lo cual el estado debe orientar fondos adecuados y suficientes.
- Los medios de comunicación deben cesar en la presión mediática sobre los Jueces de la republica, permitiendo que apliquen la ley de forma imparcial e inequívoca.

- Es vital, que el gobierno cambie el discurso de represión en la política criminal. Esto implica, el no sobre valorar las bondades del anonimato de los testigos. Puesto que tienen a su disposición los medios de comunicación masiva, es pertinente señalar que la opinión publica se debe utilizar como un mecanismo de paz y no de confrontación entre el Ejecutivo y el Poder Judicial.

5.5 RECOMENDACIONES DOCTRINARIAS Y JURIDICAS

- La correcta aplicación de un régimen de protección a testigos consiste en un mecanismo que de forma practica brinde seguridad al deponente pero respetando el debido proceso y el derecho de defensa. El modelo ideal debe incluir la posibilidad de que la defensa conozca la identidad del testigo.
- Consideramos adecuada la medida de restringir la publicidad del proceso penal, que la identidad del testigo sea desconocida por la población en general, incluso por los empleados del órgano judicial, lo cual serviría para resguardar su seguridad, pero es inaceptable que el Tribunal de la causa y el defensor desconozcan la identidad del mismo.
- Las medidas de protección ordinarias no deben ser el anonimato y la declaración sin rostro, pues el elevarlas a la categoría de ordinarias, equivaldría a minimizar el afecto que su otorgamiento implica para la defensa. Más bien, las medidas ordinarias deben consistir en primera instancia en la custodia policial permanente, el cambio de domicilio (dentro o fuera de la republica).
- El cambio de identidad debe proceder en una etapa en la que el testigo “YA HA DECLARADO”, cuando se enfrenta solo a las consecuencias de su testimonio, nunca durante el proceso.

- El uso de mecanismos tipo Biombo para evitar presiones sicológicas indebidas hacia el testigo, por parte del imputado, es en casos extremos también aceptable, no obstante, deben analizarse los extremos procesales antes de autorizarse la medida, siendo permisible en casos de tratarse de menores de edad, delitos relativos a la libertad sexual, o cuando el testigo haya sufrido violencia sicológica por parte del imputado. Como puede observarse, la medida no debe responder a propaganda política electorera o a caprichos de los juzgadores, sino que debe tener un objetivo procesal concreto, el cual es resguardar el medio de prueba, tomando al testigo como lo que es: “un instrumento de la justicia”.
- Las disposiciones de la nueva ley de protección a victimas y testigos deben ser reformadas de forma integral, pues incluso ahora, antes de entrar en vigencia, se vislumbra un circo procesal como fruto de su aplicación. En si misma la ley es incompatible con las garantias procesales que la constitución establece, pues convierte a los Jueces en meros observadores ante una restricción al derecho de defensa. Dicho de otra manera, si se permite que sea una oficina dependiente del aparato político del partido de gobierno (a veces llamado “Ministerio de Gobernación”) la que otorgue o retire el régimen de protección, estaremos cayendo del sartén al fuego, en lo que a garantías se refiere, pues ahora no solo se limitara en derecho de defensa a través de los testigos anónimos, sino que quien dictara la medida restrictoria de dicho derecho será el poder ejecutivo, invadiendo de forma flagrante las atribuciones del órgano jurisdiccional.
- Recomendamos a la comunidad jurídica nacional, ahondar en la temática de las garantías procesales y el debido proceso, con la finalidad de cambiar el obsoleto criterio de la sala de lo penal de la honorable corte

suprema de justicia, que considera que el testigo anónimo no es un elemento restrictivo del derecho de defensa. Basta con hacer un repaso rápido de los tratados internacionales vigentes para darse cuenta que se necesita ser mas cuidadosos a la hora de aprobar leyes que violenten las garantías individuales de los ciudadanos. Por lo anterior, se abre la puerta grande de la jurisdicción internacional, que se encuentra lista para conocer de cualquier demanda en contra del Estado salvadoreño por el atropello en que se incurrirá al aplicar la ley de protección a victimas y testigos íntegramente, y como se encuentra redactada a la fecha.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Casado Pérez, José Maria y otros. Código Procesal Penal Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador 2004.

Cartagena Pastor, Fausto. Protección de testigos en causas criminales. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Nº. 1758. Año 1995.

Ceres Montes, José Francisco. Lugar que desempeña la víctima, en particular en la fase de instrucción. Nuevas tendencias : Ley de protección de testigos y peritos, proyecto de Ley de asistencia y ayuda a las víctimas de delitos violentos, proyecto de Código Penal de 1994. A.J.A., 219, Comentarios, (2 de noviembre de 1995), 1.

Climent Durán, Carlos. La prueba penal. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Tirant Lo Blanch. Año 1999.

Cros Cecilia, Jaime Fabricio. Valor probatorio del testigo de referencia en Derecho español. Revista Jurídica de Andalucía. Nº. 25. Año 1998.

Decap Fernández, Mauricio. Apuntes sobre la contraposición entre la protección de victimas y testigos y el derecho de defensa. Chile 2001.

Esparza Leibar, Iñaki. “El Principio del Proceso Debido”. Editora Bosch. Barcelona, España. 1995.

Evans de La Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Fernández Entralgo, Jesús. Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida. Cuadernos de derecho judicial, Consejo general del poder judicial, España 1996.

Garcia Perez, Juan Jacinto. Criminalidad Organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder judicial, España 2001.

García Ramírez, Sergio. Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2001.

Garcia Ramírez, Sergio. Algunas Cuestiones del Proceso Penal. 2004.

García Ramírez, Sergio. Los Sistema de Enjuiciamiento y sus órganos de acusación. México 2003.

Génova Espinosa, Elisa Araceli. La Reserva de Identidad de los testigos, el derecho de defensa y el nuevo sistema procesal penal chileno. Universidad Católica de Temuco, Chile 2004.

Giménez García, Joaquín. El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Consejo General del Poder Judicial. Año 1996.

Giménez García, Joaquín. El testigo y el perito. Su protección en el juicio oral. Actualidad Penal. Año 1994. Nº. 42.

Gómez Orbaneja, Emilio. Tratado de Derecho Procesal. Tomo III.

Héctor Fix-Zamudio, constitución y proceso civil en Latinoamérica México, UNAM, 1975

Hernández Valle, Rubén. La Garantía del Debido Proceso en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de América latina. Argentina 2003.

Hoyos, Arturo. Constitución e impartición de justicia: El debido proceso en el nuevo contexto de America Latina. Panama 1995.

Houed Mario, Sánchez Cecilia, Fallas David. “Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 1998.

Laurence H. Tribe, American Constitucional Law, New Cork, 1978.

Lopez Ortega, Juan José. La prueba de testigos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, problemas que se suscitan en relación con el derecho a un proceso equitativo. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1992.

López Ortega, Juan José. Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales de la jurisprudencia europea. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1993.

Lorca Navarrete, Antonio Maria. El Derecho Procesal como sistema de garantias. Mexico 2003.

Luca, El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal, 1999.

Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal Argentino”, Tomo 1 [B], Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989.

Mauro Cappeletti y William Come, Comparative constitucional Law, New Cork, 1979.

Mittermaier, Carlos, La prueba en materia criminal, Edit Reus, Madrid, España, 1929.

Mittermaier, C.J.A. Tratado de la Prueba en materia criminal. Décima edición, adicionada y puesta al día por Pedro Aragoneses Alonso. Editorial Reus S.A.. Año 1979.

Monsalvez Muller, Aldo. El justo y debido proceso en el Derecho Internacional. Chile 2001.

Montañés Pardo, Miguel Angel. La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Año 1999.

Moreno Catena, El secreto de la prueba de testigos del proceso penal, Madrid, 1980.

Paz Rubio, José María - Mendoza Muñoz, Julio - Olle Sesé, Manuel - Rodríguez Moriche, Rosa María. La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales. Editorial Colex. Año 1999.

Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Madrid, Edit tecnos 1984.

Quiñónez Vargas, Hector. Algunas Observaciones al Proceso Penal Salvadoreño. 2002.

Rives Seva, Antonio Pablo. Casos extravagantes de testimonio. España 2001.

Rives Seva, Antonio Pablo. La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Editorial Aranzadi. Tercera Edición. Año 1999.

Rodríguez, Orlando Alfonso. La ineficacia Probatoria del testimonio secreto. Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez. Colombia 1996.

Rodríguez Sol, Luis. Protección de testigos y obtención de pruebas en el extranjero. Persecución en caliente. Seminario Hispano-portugués sobre Espacio Judicial Europeo. Cáceres, 27, 28 y 29 de octubre de 1997.

Romero Coloma, El análisis psicológico del testigo en el proceso penal, 1991.

Ruiz Vadillo, Enrique. Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Nº. 1767 de 1 de febrero de 1996.

Salcedo Velasco, Andrés. Protección de testigos e informadores. Seminario Luso Español sobre Cooperación Judicial Penal. Lisboa 28 y 29 de noviembre de 1997.

Segura Oronich, El imputado y el testigo ante el Juez. Psicología del interrogatorio, 1998.

Urbano Castrillo, Eduardo de y Torres Morato, Miguel Angel. La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Segunda Edición. Año 2000.

Urbano Castrillo, Eduardo de. Prueba Ilicita en particular. Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, España 1996.

Vásquez, Domingo. El Debido Proceso. Editorial Jurídica Santo Domingo. Rep. Dominicana 2003.

Vega Torres, Jaime. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. La Ley. Año 1993.

Velasco Nuñez, Eloy. Publicidad, plazo razonable y derecho de defensa. Cuadernos de derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, España 1993.

Velayos Martínez, María Isabel. El testigo de referencia en el proceso penal. Editorial Tirant Monografías. Valencia. 1998.

LEYES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Constitución de la Republica de El Salvador. D.C. s/n de Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983,publicado en D.O. numero 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983, el cual entro en vigencia el dia 20 de diciembre de 1983.

Declaracion Universal de Derechos Humanos. Aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unudas en su resolucion 217 A (XXX) de 19 de diciembre de 1948.

Declaracion Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogota, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos. Adoptado y abierto a la firma, ratificacion y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolucion 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entro en vigencia el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el articulo 49. Suscripción por El Salvador D.E. numero 42 13-XI-1979. Ratificado por El Salvador D.L. numero 27 23-XI-1979. Publicación D.O. numero 218-XI1979.

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San Jose de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos. Entro en vigor el 18 de Julio de 1978. Suscrita por el El Salvador D.E. numero 405 14-VI-1978. Ratificado por DL. Numero 5 15-VI-1978. Publicado en D.O. numero 113-VI-1978.

Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como Convención Europea de Derechos Humanos. Suscrito en Roma Italia el 4 de noviembre de 1950.

Codigo Procesal Penal de la Republica de El Salvador. D.L. numero 904 4-XII-1996. D.O. numero 11-Tomo 334 20-I-1997.

Ley Especial de Protección a Victimas y Testigos. D.L. 1029 26-IV-2006.

INDICE

INTRODUCCIÓN i
CAPITULO 1 1
"DESARROLLO HISTÓRICO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA" 1
1.1 APARICION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD. 1
1.2 EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DEBIDO PROCESO. 4
1.2.1. ORIGEN 4
1.2.2 EVOLUCIÓN 5
1.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LOS SISTEMAS PENALES CONTEMPORÁNEOS. 8
1.3.1 GRECIA ANTIGUA: LA DEFENSA INDIVIDUAL 8
1.3.2 EL DERECHO ROMANO: LA DEFENSA DE LOS PATRONES Y ADVOCATIS. 11
1.3.3 EL DERECHO GERMANO ANTIGUO: EL FÜRSPRECH. 14
1.3.4 EL SISTEMA INGLÉS. 15
1.3.5 EL SISTEMA MIXTO CLÁSICO: LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA. 16
1.3.6 EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL SALVADOR. 18
1.3.6.1 LAS CONSTITUCIONES. 18
1.4 DEVENIR HISTORICO DEL SISTEMA DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES. 22
1.4.1 GENERALIDADES 22
1.4.2 LA LEY GRIEGA, Y LA PRUEBA TESTIMONIAL 23
1.4.3 LA LEY ROMANA. 24
1.4.4 LA EDAD MEDIA. 27
1.4.5 LA PRUEBA LEGAL 29
1.4.6 LA LIBERTAD PROBATORIA, EVOLUCIÓN 30
1.4.7 EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN (Y APORTACIÓN DE PARTE) 33
1.5 APARICIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL NUEVO PROCESO PENAL. 34
1.5.1 LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL SALVADOR: ABANDONO DEL GARANTISMO. 37
CAPITULO 2 38
"CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS BÁSICAS DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA" 38
2.1 EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO 38
2.1.1 PROBLEMAS Y REDEFINICIONES EN EL PROCESO PENAL 41
2.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS 42
2.1.3 EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO EXIGIBLE ANTE CUALQUIER ÓRGANO O AUTORIDAD ESTATAL 45
2.1.4 CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO 46
2.1.5 RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA 50
2.1.6 NOCIÓN RESTRICTIVA DEL DEBIDO PROCESO 52
2.2 ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO 53
2.2.1 DERECHO A LA IGUALDAD EN EL PROCESO 55
2.2.2 EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN 56
2.2.3 DERECHO A UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL 57
2.2.4 DERECHO A RECURRIR EL FALLO ANTE JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR 59
2.2.5 GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE ORDEN PROCESAL 59
2.3 EL DERECHO DE DEFENSA 62
2.3.1 ELEMENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA 66
2.3.2 DEFENSA MATERIAL 66
2.3.3 DEFENSA TÉCNICA 67
2.3.4 TIEMPO Y MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA 67
2.3.5 ACCESO A LA INFORMACIÓN 69
2.3.6 ACCESO A PERITOS 69
2.3.7 IGUALDAD DE ARMAS 70
2.4 LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES 71
2.4.1 EL SISTEMA DE APORTACIÓN DE PRUEBA EN EL SALVADOR 71
2.4.2 EL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA 74
2.4.3 EL THEMA PROBANDUM U OBJETO DE PRUEBA 77
2.4.4 LOS ÓRGANOS DE PRUEBA 77
2.4.5 LOS MEDIOS DE PRUEBA 78
2.4.6 EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO 78
2.4.7 LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL 81

2.4.8 PRINCIPIOS PROCESALES BÁSICOS DE LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA NORMALMENTE 84
2.4.9 EL TESTIMONIO EN CONCRETO 87
2.5 CONSIDERACIONES BÁSICAS DE LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS, TESTIGOS Y PERITOS EN EL PROCESO PENAL. 90
2.5.1 CRITERIOS OPERATIVOS DE LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS 94
2.5.2 LA CUESTIÓN DEL ANONIMATO DEL TESTIGO 96
2.5.3 VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO 99
2.5.4 INEFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO SECRETO.- 108
2.5.5 ERRORES EN LA RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO Y PELIGRO A LA SEGURIDAD DE LOS TESTIGOS 112
2.5.6 INCIDENCIAS DEL ANONIMATO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR. 113
CAPITULO 3 116
ANALISIS NORMATIVO DE LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO 116
3.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. 116
3.1.1 TRASCENDENCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO EN LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS. 117
3.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN Y SU TRASCENDENCIA EN LA UTILIZACIÓN DEL TESTIGO ANONIMO. 121
3.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES. 122
3.4 LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 124
3.4.1 EL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES 125
3.4.1.1 NORMATIVA INTERNACIONAL 127
3.4.1.2 RESEÑA DE LA NORMATIVA 133
3.4.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL 135
3.4.2.1 EL DERECHO A LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA 138
3.4.2.2 EL DERECHO A PRESENTAR TESTIGOS Y CONTRA INTERROGAR TESTIGOS DE CARGO 139
3.4.3 LOS MEDIOS PROBATORIOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL 139
3.4.3.1 NORMAS PERTINENTES 141
3.5 REGIMEN DE PROTECCIÒN A TESTIGOS DEL CODIGO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO Y LA VIOLACION A LOS DERECHOS Y GARANTIAS. 142
3.5.1 EL DEBIDO PROCESO Y EL TESTIGO ANÓNIMO DENTRO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS. 148
3.5.1.1 LA IGUALDAD DE LAS PARTES Y SU VULNERACIÓN POR EL ANONIMATO DEL TESTIGO. 148
3.5.1.2 LAS GARANTÍAS DE ORDEN PROCESAL Y SU VULNERACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL TESTIGO ANÓNIMO. 150
3.5.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU VINCULACIÓN CON EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS. 152
3.5.2.1 LA IGUALDAD DE ARMAS COMO PARTE DEL DERECHO DE DEFENSA Y SU IMPLICACIÓN RESPECTO AL TESTIGO ANONIMO. 153
3.6 ANALISIS DESCRIPTIVO DE LA LEY ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS de 25/05/2006 156
3.6.1 FINALIDAD. 157
3.6.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO 158
3.6.3 PRESUPUESTO MATERIAL DE APLICACIÓN 160
3.6.4. MEDIDAS PROTECTORAS -CLASIFICACIÓN- 162
3.6.5 CONSIDERACIONES FINALES 165
3.7 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA RELATIVA AL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA Y LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS ANÓNIMOS 166
3.7.1 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. 166
3.7.1.1 JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 167
3.7.1.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU. 168
3.7.1.3 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. 169
3.7.1.4 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA ARGENTINA 169
3.7.1.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. 170
3.7.2 EL DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 172
3.7.2.1 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINA 172
3.7.2.2 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA 173
3.7.2.3 JURISPRUDENCIA DE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 174
3.7.2.3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS Y CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO. 174
3.7.2.4 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL 181

3.7.2.5 JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 182
3.7.2.6 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 183
3.7.2.7 JURISPRUDENCIA TRIBUNALES CHILENOS 183
3.7.3 LEGISLACIÓN COMPARADA 186
3.7.3.1 ESPAÑA: LEY ORGÁNICA 19/1994. 187
3.7.3.2 COLOMBIA: LEY ANTITERRORISMO 189
3.7.3.3 CHILE: CODIGO PROCESAL PENAL. 191
CAPITULO 4 195
RESULTADOS Y ANÁLISIS INTERPRETATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO 195
CAPITULO 5 213
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 213
5.1 CONCLUSIONES SOCIO-POLÍTICAS 213
5.2 CONCLUSIONES DOCTRINARIAS 214
5.3 CONCLUSIONES NORMATIVAS 219
5.4 RECOMENDACIONES SOCIO-POLÍTICAS 221
5.5 RECOMENDACIONES DOCTRINARIAS Y JURIDICAS 222
BIBLIOGRAFIA **¡Error! Marcador no definido.**
ANEXOS