



El Testigo con Reserva de Identidad y el Derecho de Defensa del Imputado en el Perú

The Witness with Reservation of Identity and the Defendant's Right of Defense in Peru

A Testemunha com Reserva de Identidade e o Direito de Defesa do Réu no Peru

Lourdes Elva Obando-Castro ¹
lobandoc@upao.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8736-2183>

Correspondencia: lobandoc@upao.edu.pe

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Revisión

***Recibido:** 30 de Septiembre de 2021 ***Aceptado:** 31 de Octubre de 2021 * **Publicado:** 11 de Noviembre de 2021

I. Universidad Privada Antenor Orrego Trujillo, Peú.

Resumen

El presente artículo se plantea analizar los criterios esenciales para la valoración de la declaración testimonial del testigo protegido en el proceso penal peruano; específicamente la forma y circunstancias de la aplicación de la referida institución procesal; exponiendo cuestionamientos a la presunta vulneración del derecho constitucional de la defensa de la parte imputada al no poder efectuar el contrainterrogatorio respectivo, perjudicando asimismo el principio de igualdad de armas ante la ley. Además, se expondrá los presupuestos para la incoación del testigo con reserva de identidad, por parte del representante del Ministerio Público, las principales medidas de protección reguladas en el ordenamiento jurídico y la participación del testigo protegido en las principales diligencias procesales. Por otro lado, se tendrá en consideración el Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, mediante el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió por unanimidad que el Estado Chileno violó el derecho de la defensa a interrogar testigos, en perjuicio de los señores Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, sosteniendo los principales argumentos judiciales del referido organismo internacional sobre el testigo con reserva de identidad. Por lo que se concluye, que en el pronunciamiento judicial que otorga la imposición la medida de protección del testigo protegido, debe verificarse el cumplimiento de una motivación suficiente y debidamente fundamentada bajo las normas constitucionales y de protección internacional, respetando las garantías procesales, en irrestricto cumplimiento del derecho constitucional a la defensa.

Palabras clave: testigo; reserva de identidad; medidas de protección; derecho de defensa; CIDH.

Abstract

This article sets out to analyze the essential criteria for the assessment of the testimonial statement of the protected witness in the Peruvian criminal process; specifically the form and circumstances of the application of the aforementioned procedural institution; exposing questions to the alleged violation of the constitutional right of defense of the accused party by not being able to carry out the respective cross-examination, also damaging the principle of equality of arms before the law. In addition, the budgets for the initiation of the witness with

reservation of identity, by the representative of the Public Ministry, the main protection measures regulated in the legal system and the participation of the protected witness in the main procedural proceedings will be exposed. On the other hand, the Case of Norín Catrimán et al. (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) vs. Chile, whereby the Inter-American Court of Human Rights ruled unanimously that the Chilean State violated the right of the defense to question witnesses, to the detriment of Messrs. Pascual Huentequo Pichún Paillalao and Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, upholding the main judicial arguments of the aforementioned international body on the witness with reservation of identity. Therefore, it is concluded that in the judicial ruling that grants the imposition of the protection measure of the protected witness, the fulfillment of a sufficient and duly grounded motivation must be verified under the constitutional norms and international protection, respecting the procedural guarantees, in unrestricted compliance with the constitutional right to defense.

Key words: witness; identity confidentiality; protection measures; right of defense; ICHR.

Resumo

Este artigo se propõe a analisar os critérios essenciais para a avaliação da declaração testemunhal da testemunha protegida no processo penal peruano; especificamente a forma e as circunstâncias de aplicação da referida instituição processual; expor questões à alegada violação do direito constitucional de defesa do arguido por não poder proceder ao respectivo contra-interrogatório, lesando também o princípio da igualdade de armas perante a lei. Além disso, serão expostos os orçamentos para a instauração de testemunha com reserva de identidade, pelo representante do Ministério Público, as principais medidas de proteção regulamentadas no ordenamento jurídico e a participação da testemunha protegida no processo processual principal. Por outro lado, o Caso Norín Catrimán e outros (Líderes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile, por meio do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu por unanimidade que o Estado chileno violou o direito da defesa de interrogar testemunhas, em prejuízo dos Srs. Pascual Huentequo Pichún Paillalao e Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, mantendo os principais argumentos judiciais do órgão internacional acima mencionado sobre a testemunha com reserva de identidade. Conclui-se, portanto, que na decisão judicial que outorga a imposição da medida de proteção da testemunha protegida, deve-se

verificar o cumprimento de uma motivação suficiente e devidamente fundamentada nos termos das normas constitucionais e da proteção internacional, respeitadas as garantias processuais, de forma irrestrita cumprimento do direito constitucional de defesa.

Palavras-chave: testemunha; reserva de identidade; medidas de proteção; direito de defesa; CIDH.

Introducción

Uno de los aspectos con mayor relevancia en la legislación penal peruana, ha sido la promulgación del Código Procesal Penal en el año 2004, en tanto que, tras un largo período, ha resultado necesaria una reforma significativa en la normativa procesal y, con ello, ha originado cambios en el funcionamiento y estructura del sistema de administración de justicia penal.

En tal sentido, una de las figuras jurídicas que mayor atención presenta, es la relativa al otorgamiento de medidas de protección a testigos con reserva de identidad – reguladas en los artículos 247° y 248° del Código acotado-, y, es que, estas mismas medidas tienen como propósito la protección ante cualquier eventual lesión o puesta en peligro a la integridad del testigo, como son el propio agraviado, los peritos, otros testigos, colaboradores, entre otros; medidas de protección que son ordenadas por el Ministerio Público, o por el operador judicial a solicitud de parte o de actuación de oficio, una vez ya formalizada la etapa de investigación preparatoria.

Entre las principales medidas de protección se dispone la *“protección policial, cambio de residencia, ocultación de paradero, reserva de identidad, datos personales, ocultación de identificación en diligencias, fijación del domicilio en la sede de la fiscalía para citaciones, empleo de videoconferencia u otros medios técnicos”*. (artículo 248, inciso 2).

En efecto, una de las medidas de protección más controvertidas es la de protección de la identidad del órgano de prueba que la ha solicitado fundadamente, y que encuentra su justificación en la protección de sus datos personales, domicilio, lugar de trabajo, profesión, etc.

Asimismo, en el artículo 249° de la referida norma procesal se ha establecido medidas adicionales dirigidas a los testigos con reserva de identidad, por ejemplo, el impedimento de tomas fotográficas o cualquier medio que capture su imagen, datos que coadyuven a su reconocimiento; lo que conlleva a un gran acierto en el ámbito procesal penal, puesto que en

los delitos que revisten mayor gravedad donde coexista lesión o puesta en peligro para los testigos a quienes se les ha otorgado estas medidas y, con ello evitar consecuencias perjudiciales contra su integridad que pueden causarse por su declaración testimonial.

No obstante, el otorgamiento de las medidas de protección a estos testigos debe ser materia de investigación, análisis y estricta fundamentación en la decisión de otorgamiento, en tanto, la aplicación de estos criterios afecta indubitablemente el derecho constitucional de la defensa de la parte imputada, porque no le permitirá conocer la identidad de la persona que está brindando declaración, la existente posibilidad de que no haya relación manifiesta entre el testigo protegido con el imputado, como para que brinde detalles en su declaración sobre lo que ha tenido conocimiento o, que su manifestación sea incierta o falsa.

Siendo que, resulta de tal trascendencia la problemática anteriormente expuesta, debido a que al considerarse la declaración brindada por el testigo con reserva de identidad como verdadera e importante, se considera de igual forma la forma y circunstancias en la que fue brindada, si se ha percibido confianza y seguridad en sus afirmaciones, como también se considera el grado de relación del testigo protegido con la investigación en curso y con el imputado.

Por lo tanto, se vulneraría y se limitaría el derecho de la defensa a participar en la actividad probatoria, puesto que – como se afirma en líneas arriba -, se puede conseguir información falsa, al no permitirle la contradicción al abogado defensor ni su posible evaluación en torno al juicio de credibilidad que pudiera existir, al estar restringida la identidad del testigo.

En relación a esta situación, en la sentencia con fecha 29 de mayo de 2014 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sostuvo que:

La Corte indicó que la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de la defensa de interrogar a los testigos puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada

Por lo tanto, en cuanto al derecho constitucional de la defensa es conveniente sostener que es un derecho reconocido a nivel universal que reviste toda persona inmersa en una investigación penal en su contra, mediante el cual tiene la potestad de responder frente a los hechos

incriminatorios en su contra o contradecirlos, y de hacer valer tal derecho con total libertad e igualdad de armas en la actividad probatoria.

El derecho constitucional a la defensa en el marco del proceso penal, mantiene un rol significativo, puesto que, por un lado, se ejercita conjuntamente con las otras garantías procesales y; por otro lado, es el derecho fundamental que operativiza los demás derechos del imputado. Es por ello, que el referido derecho no deberá ser puesto en el mismo nivel que las demás garantías procesales. La inviolabilidad del mismo, es una garantía constitucional que mantiene todo procesado, puesto que será el único que permitirá que las demás garantías mantengan vigencia plena en el proceso penal.

Por todo lo anteriormente señalado, es necesario realizar una investigación que permita determinar si efectivamente se afecta al imputado con la figura del testigo con reserva de identidad, por lo que en la presente investigación se resalta la importancia del estudio, debido a que se ven involucrados derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, y no puede permitirse su vulneración.

Fenómeno Criminológico de la Justicia Restaurativa

Al respecto, en los orígenes de las ciencias penales, ha sido imprescindible la regulación del derecho penal y la justicia restaurativa. Esto es, en palabras del maestro Roxin (1997) señala que, en cuanto al derecho penal retributivo: “[...] *no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido*”. (pp.81-82).

Concordando con lo señalado por el referido autor, nos encontramos ante el derecho penal que está relacionado al criminal y los actos delictivos cometidos por él, imponiéndose la sanción a través de la pena, sustentándose a sí misma, sin considerar presupuestos extrapenales.

Sin embargo, surgió el cambio de la justicia retributiva a la utilitaria en el sentido doctrinario de las teorías de la pena, debido a que tales cambios se visualizaron en los principios y finalidad del proceso penal, mediante el cual el hecho delictivo y el criminal no fueron más el foco de atención, señalando principalmente ahora a la víctima y primando el resarcimiento de los daños causados por el hecho delictivo; todo esto conformando lo que llamamos la justicia restaurativa.

Por tales consideraciones, es que el fenómeno criminológico del derecho premial responde a las nuevas teorías de la pena y su concepción, como al conjunto de las figuras procesales vigentes en la normativa jurídica que buscan la erradicación del crimen y la delincuencia instaurada en la sociedad y, con ello promover el arrepentimiento y colaboración de todos los individuos que tengan participación alguna en la comisión de ilícitos penales o hayan tenido conocimiento de los mismos, a cambio de la obtención de beneficios premiales como por ejemplo, reducción, exención o conversión de pena debido a todo tipo de información manifestada ante la autoridad competente y su corroboración periférica en el marco de la imputación señalada.

Es por ello, que se han flexibilizado principios procesales como la legalidad procesal penal, se ha promovido energéticamente la aplicación de los beneficios penitenciarios, la inclusión de técnicas especiales de investigación, y la aplicación de mecanismos de negociación en la persecución de la acción penal pública para combatir los fenómenos criminológicos que vienen suscitándose, que ocasionan el surgimiento de asociaciones ilícitas con el objetivo de delinquir bajo grandes estructuras, gran percepción de ingreso de miembros y capacidad económica para solventar sus actividades ilícitas, que dificultan la lucha de la erradicación de la criminalidad organizada en nuestro país.

Para ejemplificar lo antes referido, en el año 2018 los audios reveladores del caso “Los Cuellos Blancos”, “Caso Cócteles”, casos donde el Ministerio Público informó como sus miembros se lograron infiltrar en las más altas instituciones políticas para obtener información y privilegios en la impunidad, teniendo la Fiscalía que acudir a figuras procesales que coadyuven a la investigación para que esta fuera más eficiente, figuras como los testigos con reserva de identidad, colaboradores y agentes especiales o encubiertos, resultaron ser idóneos para tales fines; con lo que se fomentó así los fines del derecho premial y justicia restaurativa.

El Testigo Como Medio de Prueba en el Proceso Penal

Para empezar, se puede conceptualizar al testigo como:

Aquella persona a la que le constan los hechos y que se llama para que rinda una declaración ante el funcionario u oficial, o ante el juez, declaración que va a verter este propio testigo mediante un interrogatorio y por medio de preguntas que le van formulando. (Garrido, 2007).

En tal sentido, el testigo se constituye como uno de los medios de prueba de mayor relevancia en el desarrollo del proceso penal, al haber presenciado la sucesión de los hechos

incriminatorios, con el objetivo de acreditarlos o desacreditarlos, estableciendo en la legislación vigente los criterios de valoración de la declaración testimonial y considerando que no son parte procesal en el juzgamiento.

A su vez, la declaración testimonial es aquella basada en el relato de un tercero sobre hechos relacionados con el delito investigado. El testimonio se define como toda manifestación oral o escrita hecha por el testigo dentro del proceso, destinada a dar fe sobre el hecho investigado.

Asimismo, continuando lo manifestado por el referido autor, sostiene que existen dos contenidos esenciales que se derivan de la figura procesal del testigo: (i) Su declaración abarca sobre acontecimientos precisos y determinados, esto es, no podrá brindar declaración respecto a cuestiones de derecho, a excepción que se trate de la acreditación de hechos que abarcan derecho consuetudinario mercantil o son testigos expertos como los peritos o sobre legislación comparada; (ii) Su declaración estará basada únicamente respecto a lo que han tenido percepción, directamente o mediante terceros; asimismo, no emiten cuestionamientos sobre lo que tenga que ver con el juicio, al ser labor exclusiva de los peritos, se encuentran limitados a manifestar sobre lo grabado en su memoria y dar razón de dicha manifestación.

Entre las principales características de la declaración testimonial, se considera las siguientes con mayor relevancia procesal:

Constituye un medio de prueba personal, esto es, únicamente podrán comparecer como testigos aquellas personas naturales que declaren sobre acontecimientos precisos y determinantes o, que permitan producir los efectos necesarios que esclarezcan los hechos ocurridos, que es materia de incriminación en el juzgamiento.

No constituye parte procesal durante el desarrollo del juicio oral, por lo que no deberán mantener interés alguno en el pronunciamiento judicial final del juicio oral al no tener calidad de parte procesal.

Deben haber tenido conocimiento directo o indirectamente sobre los hechos acontecidos, o tener conocimiento de la proximidad o presencialidad de los mismos, distinguiéndose entre testigos presenciales con los de oídas.

Su declaración testimonial radica sobre la apreciación particular de los acontecimientos imputados, esto es, no será suficiente sus apreciaciones de los hechos, sino la explicación de las razones de su fuente de conocimiento.

Es un medio de prueba circunstancial y no preconstituido, puesto que resulta poco probable que mantenga contacto previo antes de que sucedan los hechos delictivos, toda vez que este pueda resultar partícipe de los mismos.

Al ser medio de prueba sometido a la actividad probatoria, es que deberá ser interrogado y contrainterrogado cuando sea llamado judicialmente y, si no comparece deberá brindar las razones justificantes a su inasistencia, caso contrario serán conducidos compulsivamente; para que su declaración sea estimada idóneamente según los criterios de valoración en el Código Procesal Penal.

En algunos casos se permite que el testigo pueda ser también el agraviado. En la figura jurídica del artículo 96° del Código Procesal Penal se fundan dos posiciones el de actor civil y el de testigo: *“La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral”*. En ese caso parece que queda claro el derecho a la defensa, por cuanto la declaración testimonial puede poner en peligro su pretensión de actor civil.

Testigo con Reserva de Identidad

La norma procesal penal ha prescrito los requisitos legales para la declaración testimonial del testigo con reserva de identidad, como aquel que ha tenido contacto directo o indirecto de los acontecimientos incriminatorios, por lo que será llamado mediante mandato judicial a concurrir a las audiencias de juicio oral, protegiendo su identidad estrictamente bajo las medidas de protección que se le otorgaron, bajo responsabilidad penal de revelar su identidad personal y funcional.

Por lo tanto, es imprescindible sostener que el testigo protegido en palabras de Campos (2018), se concreta en la siguiente afirmación:

Es importante indicar que un testigo protegido es una persona que ha presenciado un hecho punible y concurre a juicio, y no debe confundírsele con un colaborador eficaz, quien es un delincuente arrepentido, que tiene conocimiento de la forma como funciona una organización criminal, se ha separado en forma oportuna, proporciona relevante información y goza del derecho penal premial. El testigo es un colaborador de la impartición de justicia, en cambio un colaborador eficaz es un soplón que accede a beneficios penales.

De igual forma, continuando con la definición jurídica del testigo con reserva de identidad, tenemos que según Tejeiro (2011) describe que:

En ciertos casos excepcionales, cuando el juez aprecie que por motivo de su declaración el testigo o sus familiares más próximos pueden correr un peligro grave, está facultado para adoptar medidas de protección de tal persona, de sus familiares o de sus bienes. Si usted considera que, por cualquier circunstancia, su intervención como testigo puede traerle un riesgo grave, póngalo en conocimiento del juzgado o tribunal inmediatamente

Por otra parte, con la promulgación de la Ley N° 27378 “*Ley de Colaboración Eficaz en la Criminalidad Organizada*”, se prescribe en su artículo 22° que el Juez o el representante del Ministerio Público, según la gravedad del riesgo o peligros para la persona, ordenará la reserva de su identidad y el ocultamiento de sus datos personales como se ha mencionado anteriormente, brindándole protección policial para el resguardo de su integridad en el transcurso del proceso judicial.

Similar normativa se contempla en el Decreto Legislativo N° 824 “*Ley Lucha contra el Narcotráfico*” prescribiendo en su artículo 20° que como parte del derecho premial, se reconoce beneficios procesales y penitenciarios excepcionales, a quien ha participado en la comisión de hechos delictivos relacionados al tráfico ilícito de drogas, proporcionando la información necesaria que conlleve a la identificación e individualización de los líderes, dirigentes o cabecillas del narcotráfico o que permita realizar el decomiso de las drogas, insumos químicos fiscalizados, montos dinerarios o de cualesquiera medios empleados para la obtención de las drogas.

En consecuencia, la normativa jurídica mencionada, tiene como objeto la garantización de que estos testigos con reserva de identidad brinden declaración con todas las libertades que la ley procesal les otorga, esto es, sin que tengan que estar sometidos a presiones, amenazas debido a su indubitable intervención en el desarrollo del proceso judicial.

Es por ello, el artículo 247° de la norma procesal penal ha descrito explícitamente quienes son catalogados como beneficiarios de las medidas de protección:

“Artículo 247.- Personas destinatarias a las medidas de protección

1. Las medidas de protección previstas en este Título son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales.

2. *Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.*

Las Medidas de Protección en la Legislación Procesal Penal

Cabe señalar, las medidas de protección pueden consistir en asegurarse que no se figure en las diligencias el nombre, los apellidos, el domicilio o lugar de trabajo y la profesión del testigo protegido, ni cualquier otro dato que permita su identificación. En ese caso, se le designará una clave. También pueden adoptarse medidas que impidan su identificación visual.

Ante ello, el artículo 248° del acotado Código, ha regulado expresamente en su primer párrafo, lo siguiente:

“Artículo 248 Medidas de protección. -

1. El Fiscal o el Juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado”.

Sin embargo, la experiencia pone de manifiesto en la legislación comparada, por ejemplo en España, que en algunos casos los ciudadanos no quieren colaborar con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor de sufrir represalias. Es por este motivo, por lo que el legislador en el año 1994 creó una Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales.

La referida ley se basa en los siguientes planteamientos esenciales:

La protección podrá considerarse, de oficio o a instancia de parte, si se estimase la concurrencia racional de peligro grave para la persona o bienes del testigo o de quienes estuvieran unidos a él por relaciones de parentesco o afectividad.

Se acordará por el instructor o el órgano competente para el enjuiciamiento, pudiéndose mantener, modificar o suprimir las medidas adoptadas por aquél, o acordar otras nuevas, en función de las circunstancias.

Consistirá en la adopción de medidas proporcionadas al riesgo estimado dirigidas fundamentalmente a: enmascarar la identidad del testigo, o a su localización, por ejemplo, no hacer constar su verdadera identidad, modificar su aspecto físico, fijar el Juzgado en vez de su domicilio habitual a efectos de actos de comunicación, impedir la plasmación de su imagen; proporcionarle protección policial permanente; ser conducido en esta forma a las dependencias judiciales, si así lo solicitara el testigo. Estas medidas podrían mantenerse hasta después de la declaración, llegándose excepcionalmente a proporcionarle nueva identidad y medios para un cambio de residencia o trabajo.

La identidad del testigo habrá de desvelarse a las partes si así lo solicitan motivadamente en sus escritos de calificación, acusación o defensa.

Tener la condición de testigo protegido no altera las reglas generales del testimonio, por lo que, si hubiera declarado en el procedimiento preliminar, pero no lo hiciera en el juicio oral por no haber sido localizado, sus declaraciones no podrán acceder a él mediante la lectura de lo dicho en aquel momento

Dicho lo anterior, tal legislación española se encuentra en concordancia con lo prescrito en el artículo 248° líneas arriba mencionado, específicamente en su inciso d), sobre el peligro que genera para los testigos protegidos donde se requiera expresamente la reserva de identidad y los demás datos personales en todas las diligencias que se realizan en el proceso judicial.

Por otro lado, según lo dicho sobre el derecho premial líneas arriba, este tiene por objeto la obtención de todo tipo de información sobre la comisión del hecho delictivo y el grado de participación respecto a quienes intervinieron en el mismo, brindando beneficios premiales en el transcurso del proceso penal; por lo que, este sujeto que aportará dicha información y datos importantes de especial relevancia para la investigación, ha recibido distintivas calificaciones como delator, colaborador, soplón, entre otros.

En tal sentido, la aplicación de las medidas de protección encuentra su justificación en el desarrollo de la investigación en el proceso penal, esto es, debido a la expansión de los fenómenos criminológicos que cada vez requieren mayor intervención estatal para garantizar la tranquilidad pública, ello hace que el empleo de la figura procesal del testigo protegido u de otros de naturaleza análoga, se convierta en el instrumento de mayor trascendencia en el proceso; por lo que las medidas de protección son herramientas eficaces que deben

salvaguardar la integridad de dichos testigos y que su existencia se sustenta en el temor que estos sufran algún peligro para sí mismo o los miembros de su familia.

Dicho de otro modo, la justificación de las medidas de protección se sustenta en la existencia de alguna violencia o amenaza inminente y real, por lo que si no existiera anularía los efectos preventivos de las mismas, miedo a que se materialice aquel terror contra el testigo protegido, obstruyendo el cruce de las investigaciones.

Llegado hasta este punto, lo actuado en referencia al testigo con reserva de identidad y la aplicación de medidas de protección, conllevará a que el operador judicial, evalúe y verifique la admisión de los medios de prueba en la audiencia de juzgamiento; por lo que, el testigo con reserva de identidad significará presuntamente afectación a derechos y/o principios constitucionales, al limitar la actuación de muchos de ellos en el proceso, como por ejemplo, el derecho de defensa, como más adelante se experondrá.

Dimensión Constitucional – Procesal del Derecho de Defensa

Al respecto, la Constitución Política vigente, en su artículo 139°, incisos 14) y 16), reconoce: “El derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, establece que “el derecho a la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos, en los casos que la ley señala”.

En tal sentido, el ejercicio del derecho constitucional de la defensa, mantiene una importancia vital en el marco del proceso penal, presentando una doble dimensión; por un lado, la dimensión material, relacionado a los derechos de la parte imputada de ejercitar su propia defensa en el instante que tiene conocimiento de la imputación fiscal en su contra y, por otro lado, la dimensión formal, relacionada al derecho a una defensa eficaz, al asesoramiento adecuado y patrocinio de un abogado defensor durante todas las etapas del proceso penal; formando parte del contenido constitucional protegido del derecho de defensa, evitando el estado de indefensión del procesado.

Por otro lado, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala dos formas de ejercitar el derecho de defensa. Por un lado, contratando a un abogado de su preferencia, y de no hacerlo el Estado asume tal rol proveyendo la defensa, esto es, que en

ningún caso, el imputado deja de tener abogado que le ilustre sobre sus derechos y como ejercerlos ellos:

Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio (...)

El derecho de defensa incluye un tiempo adecuado para conocer los cargos y a su vez prepare su defensa para levantar las acusaciones, aminorarlos o cualquier otra defensa:

También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala

Es por ello, que el derecho de participar en el interrogatorio de los testigos comprende uno de los elementos esenciales del derecho a la prueba, que implícitamente está contenido en el derecho continente del debido proceso, reconocido constitucionalmente; empero, no se permite asesoramiento para el testigo en cuanto a las respuestas que brinde durante el contrainterrogatorio.

Asimismo, dispone el artículo 84° del citado Código, que: *“El Abogado Defensor goza de todos los derechos que la Ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes: (...) 2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos”*.

Del mismo modo, el derecho de defensa se le considera una garantía de todo proceso penal, pues un proceso llevado sin la garantía de defensa, es una parodia de proceso mas no un verdadero proceso, por tanto, toda las sanciones que se emitan violan el debido proceso.

Desde esta perspectiva, se entiende el derecho de defensa como una garantía constitucional que busca resguardar la posibilidad que tiene el ciudadano de realizar aquellas actividades procesales que le permitan sostener una postura procesal determinada; ya sea extra proceso y/o intraprocesal.

En este sentido, se puede afirmar que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios.

Se aprecia así, que está materialmente dirigido a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar y probar cuanto consideren preciso para la defensa de sus intereses y derechos, en posición de igualdad recíproca, ello implica el derecho a ser informado de la imputación para poder ejercer la defensa más adecuada a los intereses del imputado, por lo que esa información que debe ser puesta en conocimiento es aquella referida fundamentalmente al objeto del proceso, el cual no se identifica con la calificación jurídica, sino con el hecho individualizado con contenido penal.

Dichas estas consideraciones, la reserva de identidad del testigo sujeto a protección, deberá aplicarse mediando un estricto control de judicialidad de esta medida de protección aplicable por parte del operador judicial, teniendo en consideración la justificación de su aplicación y proporcionalidad de la medida aplicada, con la verificación de la concurrencia de todos los requisitos legales solicitados, debido a su estrecha relación con el derecho constitucional de defensa.

Sin embargo, en palabras del autor Castillo (2017), se sostiene que:

La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa puesto que impide realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona declarante, así como otras que permiten argumentar que la declaración es falsa o equivocada. Si la defensa no tiene conocimiento de la identidad de la persona que busca cuestionar, puede ser privado de los datos que le permitan demostrar que él (o ella) tiene prejuicios, es hostil o poco fiable. (pp.223-224).

Por lo tanto, siguiendo los lineamientos del sistema nacional de administración de justicia en todo Estado Democrático y Constitucional de Derecho, las medidas de protección aplicables en el ordenamiento jurídico que limiten el ejercicio del derecho de defensa del procesado, tienen que encontrar su justificación y pertinencia en la palmaria necesidad de su aplicación, siendo que su excepcionalidad debe estar fundamentada en lo posible que no podría aplicarse otra medida con menor gravedad, resultando necesaria su imposición, teniendo en consideración los principios constitucionales y el respeto de las garantías procesales de la parte imputada, previo pronunciamiento judicial motivado.

No obstante, que el testigo con reserva de identidad brinde su declaración durante la audiencia de juzgamiento si vulnera indiscutiblemente el derecho de defensa del imputado, al

ocultamiento justamente de su identidad de quien está aportando dicha información que presuntamente corroborará los hechos incriminatorios en contra del procesado; impidiéndole al abogado defensor poder contrainterrogarlo y comprobar la veracidad de sus afirmaciones o si no están fundadas en alguna animosidad preexistente contra el imputado, esto es, reconociendo el ejercicio de la contradicción que le reviste a la parte imputada en el marco de nuestra norma constitucional y reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protección Internacional del Derecho de Defensa Frente a la Reserva de Identidad del Testigo Protegido

Al respecto, en el Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, con sentencia emitida el 29 de mayo de 2014, sancionó al Estado Chileno por la violación al derecho de defensa, específicamente en el acto de interrogar a testigos, en perjuicio de los señores Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe. Argumentando resumidamente, lo siguiente:

La Corte IDH sostuvo que el testigo con reserva de identidad limita el ejercicio del derecho fundamental de la defensa del imputado al no permitirle el interrogatorio de los testigos llamados a concurrir a prestar declaración en un proceso judicial, debido a que le impide formular cuestionamientos sobre una posible animosidad en su persona, como también no permite comprobar si la declaración es equívoca.

En tal sentido, en el presente caso seguido contra Norín Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe se reservó la identidad de los referidos testigos, por lo que la Corte IDH tuvo que analizar si en los presentes casos, la aplicación de estas medidas de protección reguladas en el ordenamiento jurídico chileno que tenían como objetivo garantizar la integridad, libertad personal y seguridad de todos aquellos que declaraban en el proceso penal, produjo una grave afectación al derecho de defensa de interrogar a los testigos mencionados.

A su vez, antes de exponer sus argumentos decisivos, la Corte IDH estableció que tendría en evaluación si en los procesos judiciales en concreto de las presuntas tres víctimas mencionadas, la imposición de la reserva de identidad se adoptó bajo un control de judicialidad, fundamentándose en la necesidad y proporcionalidad de la medida aplicable, considerando justamente su excepcionalidad al haberse verificado la situación de riesgo existente para el testigo.

Asimismo la Corte IDH enfatizó que para realizar dicha evaluación, tomaría en consideración la vulneración que conllevó la aplicación de la reserva de identidad de los tres testigos en cuanto al derecho de defensa del acusado, como también tendría en cuenta si en el presente caso, Chile se aseguró que la vulneración a la defensa de los procesos estaba comprobada periféricamente por otros medios de prueba suficientes; empero, se verificó que aun cuando se optó por estos medios de prueba suficientes, la imposición de la condena no podría estar fundamentada solamente o decisivamente en las declaraciones de los tres testigos con reserva de identidad.

Por otro lado, respecto a los procesos penales contra Norín Catrimán y Pichún Paillalao, se verificó que de los hechos incriminatorios, el Juez de Garantía de Traiguén, a solicitud de Fiscalía, ordenó la reserva de identidad de los dos testigos y que se prohíbe la toma fotográfica o captura de sus imágenes por cualquier medio, sustentándose en los artículos 307° y 308° del Código Procesal Penal Chileno y los artículos 15° y 16° de la Ley N° 18.314.

Tales testigos, brindaron su declaración en el transcurso de las audiencia manteniéndose detrás “biombo” que mantenía oculto sus rostros respecto a todos los espectadores de la audiencia pública, a excepción de los magistrados, además de contar con un “distorsionador de voces” para ambos testigos. El abogado defensor tuvo que formular contraexamen bajo esas condiciones.

En la segunda audiencia pública, que se realizó debido a que se declaró la nulidad de la primera, se permitió que las defensas técnicas de los acusados puedan conocer la identidad de los mencionados testigos, empero bajo la prohibición expresa de informar dicha identidad a sus patrocinados. La defensa técnica de Norín Catrimán se negó a conocer tal revelación sobre la identidad de los testigos al no permitírsele que se lo comunique a su patrocinado.

La Corte IDH constató que el control de judicialidad de la reserva de identidad de testigos fue insuficientemente motivado, debido a que el pronunciamiento judicial no estableció adecuados criterios de valoración razonable que justifiquen la presunta necesidad de la aplicación de dicha medida de protección que supuestamente se sostenía en una situación de riesgo para las víctimas. Además, sostuvo que los medios de prueba suficientes para contrarrestar la aplicación de la referida medida si fueron idóneas para salvaguardar el derecho fundamental de la defensa a interrogar a los testigos por parte de los abogados defensores.

En el extremo de que de si las condenas impuestas fueron fundamentadas solamente o en grado decisivo en dichas manifestaciones, la Sala verificó notables diferencias en los sentenciados: (i) en cuanto a la condena impuesta a Norín Catrimán, no se empleó la manifestación de los testigos con reserva de identidad para argumentar la acreditación de responsabilidad penal como autor del hecho ilícito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio de los propietarios del predio San Gregorio. La Corte IDH concretizó que la ausencia de un efectivo control judicial, en el presente caso, no significó una vulneración de la garantía procesal establecida en el artículo 8°, inciso 2), numerales d) y f) de la Convención y; (ii) la condena impuesta a Pichún Paillalao como autor del hecho delictivo de amenaza de incendio terrorista en perjuicio del administrador y dueños del Fundo Nanchahue estuvo fundamentada en grado decisivo en la manifestación de un testigo con reserva de identidad (el “testigo protegido N° 1”). La Corte IDH sostuvo que ello conllevaría una afectación del derecho de la defensa a interrogar testigos, establecido en el artículo ya mencionado, en relación con el artículo 1° inciso 1) del mismo texto internacional, en perjuicio de Pascual Huentequero Pichún Paillalao.

Luego, en el proceso penal seguido contra Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, se respetó la reserva de identidad de algunos testigos y la aplicación de ciertas medidas de protección que se fundamentaron en la sola aplicación de las normas pertinentes, sin motivaciones específicas en cuanto al presente caso. En relación con el proceso penal seguido contra Ancalaf Llaupe, para efectuar el análisis correspondiente la Corte IDH asimismo tuvo en consideración la dimensión inquisitiva del proceso penal, en concordancia con el viejo Código de Procedimiento Penal Chileno de 1906 competente al caso en concreto, por el cual el presente caso tendría dos etapas, el sumario y el plenario, ambos de carácter escrito.

Ancalaf Llaupe no solo no reconoció la identidad de los mencionados testigos, sino que tampoco tuvo el conocimiento de los contenidos de sus manifestaciones por la dimensión reservada de la etapa sumaria y, debido a que, cuando se le brindó el conocimiento, se negó que accediera a los cuadernos con carácter de reserva que tenían dichas manifestaciones.

De igual forma, la aplicación de la medida de protección por lo establecido en el Código acotado que señalaba el carácter secreto del sumario, conllevó consecuencias respecto al deber del sometimiento de la adopción y permanencia de la medida a control de judicialidad porque, por el desconocimiento que el imputado tenía que existían dichas diligencias, se encontró en impedimento de solicitar la legalidad de las medidas hasta que tuviera acceso a la etapa

sumaria. La Sala verificó que los medios de pruebas por los que se argumentó con suficiencia respecto a la participación de Ancalaf Llaupe en los hechos incriminatorios por los que fue condenado, fueron cuatro manifestaciones, tres de las cuales se brindaron por testigos protegidos, a las que no tuvo acceso su abogado defensor.

Todo ello conllevó que se asignara a las manifestaciones de testigos con identidad reservada una fuerza decisiva resultando inadmisibles. Además, la Corte IDH sostuvo que, en el presente caso contra Ancalaf Llaupe, el Estado Chileno igualmente incurrió en una afectación del derecho fundamental de la defensa en la obtención de la concurrencia de testigos propuestos.

Conclusiones

- a) El Tribunal Constitucional concluyó que el derecho constitucional al debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.
- b) La imposición de la figura procesal del testigo con reserva de identidad vulnera el derecho constitucional de la defensa al imputado al limitar su ejercicio de la contradicción, a no comprobar la veracidad de su declaración testimonial, al no realizarse un adecuado control de judicialidad por el operador judicial mediante de la intermediación en el interrogatorio y contrainterrogatorio del mencionado testigo.
- c) El derecho constitucional a interrogar testigos abarca uno de los contenidos esenciales del derecho a la prueba, el cual está implícitamente en el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 139°, inciso 3) de la Carta Magna, viéndose afectado con la aplicación de la figura procesal del testigo con reserva de identidad si no contiene una resolución debidamente fundamentada para su imposición.
- d) En el pronunciamiento judicial que otorga la imposición la medida de protección del testigo protegido, debe verificarse el cumplimiento de una motivación suficiente y debidamente fundamentada bajo las normas constitucionales y de protección internacional, respetando las garantías procesales, en irrestricto cumplimiento del derecho constitucional a la defensa.

Referencias

1. Campos, E. (2018). ¿Quién es el testigo protegido?. Área Penal Legis Derecho, Disponible en: <https://lpderecho.pe/testigo-protegido-edhin-campos-barranzuela/>
2. Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, En: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf
3. Castillo, J. (2017). El Derecho a Interrogar a los Testigos. Bases y Límites Convencionales. (Primera ed.), Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
4. Código Penal Peruano de 1991.
5. Constitución Política del Perú de 1993.
6. Garrido, O. (14 de Noviembre de 2007). Blogspot. Obtenido de Blogspot: <http://laprubadetestigosenelprocesopenal.blogspot.pe/>
7. Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004.
8. Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid: Cvitas.
9. Tejeiro, V. (14 de Noviembre de 2011). JuicioPenal.com. Obtenido de JuicioPenal.com: <https://vanesteijeiroabogada.wordpress.com/2011/11/14/el-testigo-en-el-proceso-penal/>