

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMERICAS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN  
DERECHO**

**“Análisis jurídico de la figura del testigo sin rostro y la ley protección de  
víctimas y testigos en el cumplimiento de las garantías del imputado de  
conformidad con el voto de sala Constitucional y su afectación en  
sentencias de sala tercera”**

**JOHNNY DURÁN SANABRIA**

**San José, Costa Rica**

**2021**

### **Ficha bibliográfica**

Durán, Johnny. *"Análisis jurídico de la figura del testigo sin rostro y la ley protección de víctimas y testigos en el cumplimiento de las garantías del imputado de conformidad con el voto de sala Constitucional y su afectación en sentencias de sala tercera"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2021.

***Agradecimiento:***

*A mi madre, por enseñarme el significado de la responsabilidad y el amor por lo que se hace, por ese gran sentido que le da a la palabra familia que nos ayuda a mantenernos unidos, gracias por entender todas las veces que dije no a una salida en familia por cerrar este ciclo de una manera responsable.*

*A mis hermanas, por su ayuda incondicional y por darme a mis sobrinos que son el mejor regalo del mundo, porque la familia es necesaria en cualquier etapa y en conjunto hacen cualquier obstáculo más sencillo.*

*A mis compañeros de estudio, ustedes le dan un nombre a la institución y a la carrera del Derecho, porque conozco su compromiso y no tengo la menor duda de que van a llegar a ser grandes juristas, Gabriela Aguilar, Tatiana Monge, Esteban Guzmán y de manera póstuma a don Alberto Hoffman por su mente ágil y facilidad de resolución, nunca se llegó a hacer realidad su deseo de ser Abogado, pero los que quedamos lo recordamos con mucho respeto.*

***Dedicatoria:***

*El desarrollo y finalización de este trabajo, tanto la guía inicial para darle una forma y un fondo está completamente en las manos de profesor Luis Zúñiga, una persona comprometida con la enseñanza, estudioso del derecho penal y puedo decir de la doctrina penal, campo hasta antes de este estudio desconocido para mí persona.*

*Del mismo modo doy gracias a los profesores encargados de mi formación en derecho penal y procesal penal, por su gran compromiso y porque sé lo importante que es para cada uno la enseñanza y que sus alumnos tengan el mejor nivel en las materias que imparten, en especial a mi tutor don Edwin Retana y a don Orlando Vargas, ambos grandes profesionales del derecho penal.*

*A doña Zoila, porque siempre se compromete con los alumnos, en el curso intensivo de tesis, usted marca el camino necesario, muchas gracias.*

*Y finalmente, a las autoridades de la Universidad, en especial al director de carrera de Derecho Oldemar Fallas, por dejarme culminar mis estudios superiores en esta institución, gracias por su apoyo de siempre.*

## **Resumen**

La finalidad del presente trabajo es demostrar la vulnerabilidad de una figura que se involucra dentro del proceso penal de modo directo o indirecto, nos referimos a la figura del testigo, el cual muchas veces a pesar de ser clave en la resolución de un proceso penal, y tan importante en la aplicación de la justicia, sin la cual se podría caer en una completa impunidad, se ve desprotegido y se puede decir que el responsable de esta limitación en la seguridad del testigo es directamente el Estado, siendo este último el encargado recíproco de brindar esta protección, dado que el mismo Estado impone la exigencia al testigo de hacerse presente a brindar su testimonio.

Del mismo modo, se pretende demostrar que dentro del sistema acusatorio actual aun cuando se aplica un sistema de garantías de los derechos del imputado en el proceso, quedan muchos institutos dentro de la norma sustantiva y procesal que nos demuestran que el imputado puede ser un riesgo para las otras partes involucradas en el proceso penal, aun cuando el imputado se conoce inocente hasta que no tenga una sentencia firme, la igualdad de armas dentro del proceso penal tiene un desbalance, aun mayor cuando los casos son de alto impacto.

De la misma manera, hacer un análisis de las diferentes escuelas doctrinarias, y su forma de analizar el delito, y como estas prácticas han ido evolucionando gracias a los cambios profundos de los estudiosos del derecho, involucrados en una realidad social y de aplicación moderna del derecho penal, esto apoyado con la práctica de estos en distintos países, y de esta forma tener una visión más amplia de su alcance e implicación.

Se pretende dar recomendaciones tanto del ámbito procesal penal después de hacer todo un estudio y lectura de esta problemática tanto en el ámbito nacional como internacional y del mismo modo hacer un análisis doctrinario que puede ayudar a ampliar la visión del manejo del riesgo dentro de la práctica del derecho penal y su influencia en las resoluciones de aplicación a la delincuencia.

## Contenido

Capítulo I: Introducción.....	1
Planteamiento del problema .....	1
Pregunta de investigación.....	2
Objetivo general.....	2
Objetivos específicos.....	2
Antecedentes internacionales .....	2
Antecedentes nacionales .....	9
Justificación .....	13
Proyecciones .....	18
Cuadro Marco Teórico.....	19
Capítulo II: Marco teórico .....	25
Evolución histórica del derecho penal y procesal penal .....	25
Evolución de las ideas penales en la Antigüedad:.....	26
Venganza privada .....	26
Venganza individual .....	26
Venganza familiar.....	26
Venganza pública .....	26
Intimidatorio: Teológico y político .....	27
Humanitario .....	27
Etapa científica .....	27
El derecho penal en Grecia .....	27
El Derecho Romano.....	29
Derecho en la Edad Media .....	31
El Renacimiento.....	32
La Revolución Francesa .....	32
La evolución del proceso penal en Costa Rica y sus garantías.....	36
El Código Penal de Carrillo .....	36
El Derecho penal de la Colonia.....	36
Código penal de Rafael Orozco 1880 .....	38
El código penal de Astúa Aguilar de 1924.....	38
El código penal de 1941 .....	38

Código penal vigente 1970.....	39
Evolución del sistema Procesal Penal en Costa Rica .....	39
Sistema inquisitivo .....	39
Sistema acusatorio .....	40
Características del sistema acusatorio .....	40
Separación de las figuras del acusador y el juzgador.....	40
Comunidad de la prueba .....	41
Instancia única.....	41
Principios del sistema acusatorio.....	41
Principio de contradicción.....	41
Principio de concentración.....	41
Principio de igualdad.....	42
Principio de oralidad .....	42
Principio de inmediación.....	42
Principio de imparcialidad.....	43
Principio de publicidad.....	43
Principio acusatorio.....	44
Principio de única instancia.....	44
Aplicación del sistema acusatorio en el ordenamiento costarricense.....	44
El sistema mixto .....	45
Características del sistema mixto.....	46
Sobre las fases del proceso penal en Costa Rica.....	48
Derechos del imputado dentro del Código Procesal Penal actual y principios.....	48
Artículos Constitucionales protectores de los derechos de los imputados .....	51
Convención Americana de Derechos Humanos y el debido proceso legal .....	52
Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	54
Garantías y protección de víctimas y testigos en el proceso penal .....	56
Normativa procesal penal de protección de víctimas.....	56
Protección extraprocesal de la víctima .....	57
Protección procesal de la víctima .....	57
Derechos procesales de la víctima .....	57
Normativa procesal penal sobre testigos y su protección .....	58
Protección extraprocesal del testigo.....	58

Protección procesal del testigo.....	59
Procedimiento de protección del testigo.....	59
Contenido de la resolución judicial para la protección de testigos .....	60
Recursos para la protección de testigos .....	60
Artículo 210 cpp aprehensión inmediata.....	61
Artículo 211 cpp forma de declaración .....	61
Artículo 351 testigos .....	61
Artículo 353 incomparecencia .....	61
Artículo 319 cpp sobre la audiencia preliminar .....	62
Artículo 324 cpp preparación del juicio .....	62
Artículo 304 cpp Ofrecimiento de prueba para el juicio.....	62
Ley de protección de víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al código procesal penal y código penal, número 8720.....	63
Sobre el testigo sin rostro y el anticipo jurisdiccional de prueba .....	71
Resoluciones de la Sala Constitucional con base en la figura del testigo sin rostro .....	79
El debido proceso como principio democrático .....	80
Los principios del debido proceso.....	81
Derecho a la justicia .....	81
Derecho a la legalidad .....	81
Derecho a un juez regular .....	81
Derecho a audiencia y defensa .....	81
El principio de inocencia.....	82
In dubio pro reo.....	82
Derecho a una sentencia justa .....	83
Principio de doble instancia .....	83
Cosa juzgada como eficacia de la resolución en sentencia.....	83
Derecho a la eficacia material de la sentencia.....	83
Derecho a la defensa.....	83
Análisis Sentencias de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema del testigo sin rostro.....	94
Sentencia: Norin Catriman y otros contra Chile del año 2014.....	94
Jurisprudencia del caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche vs Chile .....	97

Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. “dirigentes del pueblo Mapuche contra Chile. 2014. Núm. 279.....	97
Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	101
Caso De La Cruz Flores Vs. Perú .....	101
Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso De La Cruz Flores Vs. Perú.....	102
Sobre la función del derecho penal frente al delito, teoría de Raúl Zaffaroni.....	106
Sobre la teoría Causalista clásica de Beling en el derecho penal.....	110
El causalismo Neokantiano .....	113
La teoría del delito en el Finalismo de Welzel.....	115
Funcionalismo moderado de Claus Roxin .....	117
La teoría del riesgo de Claus Roxin.....	122
Sobre la teoría de los roles de Gunther Jakobs.....	125
Los criterios de imputación objetiva .....	128
El riesgo permitido .....	128
2) Prohibición de regreso .....	128
3) Principio de confianza .....	129
El funcionalismo de Gunther Jakobs .....	130
La protección de testigos en la legislación de Perú .....	139
Destinatarios de esta protección .....	141
Sobre las guías prácticas sobre la protección de testigos en Perú .....	142
El reglamento del programa de asistencia de víctimas y testigos Perú.....	142
Sobre la revocación de la reserva de la identidad del protegido.....	143
Protección de víctimas y testigos en Colombia.....	144
La Justicia sin rostro en Colombia .....	147
Legislación Española sobre la protección de víctimas y testigos .....	150
Testigos ocultos y testigos anónimos en España .....	153
Los colaboradores de la justicia en Italia .....	154
Los antecedentes normativos .....	155
Protección de testigos en Estado Unidos.....	157
Concesión de inmunidad.....	158
Requisitos para adquirir la inmunidad .....	159
Capítulo IV: Análisis de resultados .....	169
Objetivo específico 1. Describir los derechos y las obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo sin rostro en el proceso penal.....	169

El testigo sin rostro y el anticipo jurisdiccional de prueba.....	179
Objetivo 2 Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.	182
El derecho a la vida en contra posición con el debido proceso con relación a la protección del testigo durante la fase de juicio oral y público .....	182
Objetivo 3 Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.....	197
El funcionalismo de Jakobs la imputación objetiva y el derecho penal del enemigo .....	209
Capítulo V: Conclusiones y recomendaciones .....	213
Conclusiones .....	213
Recomendaciones .....	218
Referencias.....	223
Apéndices.....	226
Observaciones sobre los cuestionarios.....	237
Cuestionario sujeto número 2.....	237
Cuestionario sujeto numero 3.....	237

## **Capítulo I: Introducción**

### **Planteamiento del problema**

El testigo es toda persona hábil para prestar testimonio, a excepción del inhábil por razones naturales o impedimento legal, debiendo verificarse su idoneidad física o psíquica; normándose, de manera especial, su capacidad para rendir testimonio, sus obligaciones, citación y conducción compulsiva, abstención para rendir testimonio, contenido de la declaración, así como el testimonio de altos dignatarios, miembros del cuerpo diplomático, residentes fuera del lugar o en el extranjero, desarrollo del interrogatorio, y testimonios especiales.

Sobre la protección de testigos tenemos la importante figura dentro proceso penal del testigo sin rostro, con la creciente violencia debido a casos de alto impacto como el narcotráfico se hace necesario brindar una protección a esa parte de la prueba tan importante en el proceso, si al testigo no se le brinda la debida protección durante todas la etapas del proceso y se limita a las etapas de investigación y la preliminar dejando por fuera el juicio oral y público, se afecta tanto la integridad de la persona que rinde testimonio como el resultado del proceso penal.

El análisis se tiene que hacer tanto desde el punto de vista de los testigos como del imputado, esto porque al cambiar de un sistema inquisitivo a uno garantista se le hace un reconocimiento completo al imputado de su derecho al debido proceso, lo cual impide la reserva de las características físicas del testigo en fase de juicio oral y público, así lo determinó la resolución de Sala Constitucional, esta resolución la adopta la sala tercera, con respeto al lineamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante saber que vivimos en un Estado de derecho y esto supone respetar el debido proceso y los derechos de cada una de las partes que intervienen en el proceso, pero podemos preguntarnos, se cumple con este debido proceso y respeto de las garantías durante todo el proceso o solo se ejerce en ciertas etapas específicas o en situaciones, donde al imputado se le ven vulneradas sus garantías por el nivel de riesgo que supone para el proceso y su convivencia con otros individuos en sociedad.

Del mismo modo podemos cuestionar si esta balanza de las garantías, llamada igualdad de armas para las partes dentro del proceso penal afecta el debido proceso penal en general al momento de resolver un delito y como consecuencia afecta también la vida de las víctimas y testigos del proceso.

### **Pregunta de investigación**

¿Se pueden proteger las garantías procesales del testigo manteniendo un equilibrio en la defensa del imputado en la fase de juicio, de conformidad con la recomendación de la sala constitucional y su afectación con las sentencias de sala tercera?

### **Objetivo general**

Analizar el alcance de la sentencia de sala constitucional y consecuentemente los fallos de sala tercera en la figura del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en el cumplimiento de las garantías procesales del imputado.

### **Objetivos específicos**

1-Describir los derechos y obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo dentro del proceso penal.

2-Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.

3-Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.

### **Antecedentes internacionales**

1- Sandra Jiménez Cambroner (2015) “La prueba testifical en el proceso penal”. Valencia. Tomado de la Universidad Miguel Hernández.

Estas tesis “La prueba testifical en el proceso penal” se hizo para alcanzar el grado de licenciatura en derecho, desde un análisis cualitativo, porque entras a conocer la figura de los testigos como parte involucrada o no en el proceso y su importancia en la resolución por medio de sentencias.

La autora detalla, lo importante es que muchas veces el único testimonio que se tiene es el de la víctima y es fundamental al momento de resolver un conflicto, la diferencia es que el testigo, puede ser parte o no de ese proceso, el testigo que no es parte del proceso tienen más responsabilidad con los órganos que administran justicia de prestar su declaración, menciona Sandra Jiménez...

“...La doctrina y la jurisprudencia del TS y del TC distingue dos modalidades de testigo protegido: los testigos anónimos en los que se desconocen por el acusado y su defensa los datos identificativos del testigo y los testigos ocultos o semiocultos en los que, si se conoce la identidad del testigo, pero este declara oculto para el acusado y para el resto de las partes el testigo anónimo no es viable”.

En muchas ocasiones la declaración del ofendido en el delito adquiere relevancia porque puede ser la única prueba de cargo contra el acusado, por eso es tan relevante para la resolución judicial, siempre que no haya una contradicción objetiva que invalide su veracidad, a diferencia del testigo la víctima no carece de esa distancia de ser parte o no en el proceso.

En este planteamiento proteger al testigo no puede ser como un anonimato completo por la violación del derecho a la contradicción, en un plano más abierto se puede tener a un testigo oculto del cual se conocen sus cualidades sin estar en completo anonimato.

Si se diera el anonimato tiene que ser con previa aprobación del tribunal debidamente fundamentado. Y que la falta de defensa que casusa el anonimato se pueda combatir por parte de la defensa, para comprobar que el testigo es fiable en su testimonio y que la declaración del testigo se acompañe con más prueba que la de soporte a su testimonio.

Es importante para este estudio, porque si se toma la prueba testimonial del testigo protegido oculto y se hace la diligencia de apoyar ese testimonio de manera fundamentada con otras pruebas que lo acompañen, al mismo tiene que ser del conocimiento y aprobación tanto de la fiscalía como el tribunal desde las primeras etapas del proceso y al mismo tiempo se le permite el interrogatorio a la defensa entonces el riesgo que puede sufrir el testigo se puede ver disminuido y la defensa del imputado no ve violentado sus derechos.

Ensayo. Silvia Rosales Pedrero. “La protección de testigos en el proceso penal”. Canarias, España.

Este ensayo “La protección de testigos en el proceso penal” es un análisis en España sobre la figura de ocultar y el anonimato completo de un testigo y cómo puede afectar esto las garantías del imputado en el proceso desde un punto de vista cualitativo.

En este ensayo la autora nos hace una distinción entre el ocultar a un testigo o el anonimato completo, un ejemplo de esto es la videoconferencia donde el testigo puede estar en una sala completamente aparte de la del juicio, esto se hace cuando el testigo no quiere estar frente al imputado, pero no se está poniendo en completo anonimato o por ejemplo, el pedir que el imputado salga de la sala de juicio y que se quede su defensor, estos son métodos completamente distintos al anonimato.

El testimonio se entiende como un medio de prueba en una declaración de conocimiento que emite una persona que puede ser o no sujeto del proceso acerca de su experiencia sensorial del mismo para formar un conocimiento al juzgador.

Si bien en la protección de testigos se pueden usar métodos como la vídeo conferencia, esta sirve para que la persona no se enfrente al imputado directamente, por ejemplo, en los abusos sexuales, pero esto no aplica para casos de amenazas por parte del crimen organizado, como nos dice la autora Silvia Rosales Pedrero...

“...Pone en juego tres intereses diferenciados: por un lado, el interés del Estado en erradicar la delincuencia y facilitar la investigación; por otro, el interés del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan recaer sobre el mismo o sus familiares; y, por último, en tercer lugar, el interés del imputado en conocer todos los extremos de la imputación y poder así ejercer el derecho a su defensa sin ninguna limitación”.

En relación con los testigos anónimos invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se concluye que el total anonimato de un testigo de cargo y la imposibilidad de contradicción son contrarias al derecho, pero no siempre el testimonio Anónimo carece de eficacia probatoria o resulta contraria al derecho a doctrina del TEDH se infiere que el anonimato de testigos no es una medida que resulte totalmente incompatible

con las exigencias del derecho equitativo, siempre que se justifique y no limite el derecho de defensa del acusado lo que debe ponderar el tribunal en cada caso en particular, la defensa tiene siempre que tener la posibilidad de interrogar al testigo, por eso al ser un testigo protegido este se debe acompañar de pruebas contundentes que apoyen su testimonio para reforzarlo.

Es importante saber para mi análisis, que puede haber medidas para la protección del testigo dentro del proceso, pero en algunos casos estas no tienen que ser extremas debido a la gravedad del delito que se está juzgando, pero cuando los casos son de alto impacto donde se pone en riesgo la vida del testigo estas medidas se tienen que hacer más rígidas, la jurisprudencia del TEDH apoya la protección de testigos siempre que se haga una ponderación previa del caso que involucra el proceso.

3- Cesar Fortete (2005) “La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina”. Buenos Aires y Córdoba, Argentina.

Este estudio “La protección de la víctima y el testigo durante el proceso penal en Argentina” es un análisis del cambio en Argentina del proceso inquisitorio con total falta de garantías, al proceso garantista del que se hace uso hoy en Argentina.

Es que el autor nos introduce en el problema de la delincuencia y no solo en Argentina, sabemos que el área centroamericana ha sido muy afectada tanto por conflictos internos, como por la corrupción y el narcotráfico y como se pasó del sistema inquisitorio al garantista en el proceso penal.

En los últimos años en Latinoamérica se dieron reformas en los procesos penales con motivo de la democratización de la cultura penal y más participación de los derechos humanos ya que en el pasado quedaron elementos de las dictaduras violatorias de estos derechos en Argentina y al estado no poder cumplir con el rol de representante de las víctimas, se le empezó por considerar a estos un sujeto independiente de derecho, por ser el mismo una figura fundamental tanto que sin su cooperación no se puede llevar a cabo el proceso penal, de modo que en desarrollo del mismo no sufra una alteración riesgosa para su vida.

Al ser la prueba testimonial una de las más comunes en el proceso penal el testigo tiene una especial importancia por los riesgos y amenazas a los que puede ser expuesto, dada su obligación de testificar y la necesidad de que el proceso penal sea exitoso depende de los testimonios para garantizar que no haya impunidad de los delincuentes.

La conclusión del estudio es que el Estado se vale de la víctima para aplicar institutos que son violatorios de los derechos del imputado, y que cada vez que se aplica una norma de protección a la víctima se afecta un derecho del imputado.

Es importante esta lectura para mi estudio porque el autor nos introduce en una problemática importante que es el origen de todos estos cambios dentro del proceso penal y es el aumento de la criminalidad, pero al mismo tiempo la corrupción de los sistemas judiciales, y la poca confianza de la población en sus sistemas de justicia, y como se ha tratado de pasar de un sistema inquisitorio con rezagos de las dictaduras a un sistema más respetuoso de los derechos humanos, pero aun así esto trae un claro riesgo tanto para víctimas como para testigos del proceso, como señala Fortete...

“...Por último, cabe destacar que ninguna de las tres formas de protección analizadas contempla o propone formas de regular los efectos de la publicidad del proceso penal y la actividad de los medios de comunicación con relación a la protección de la identidad de las personas. En efecto, algunas de las formas de protección apuntan a que la identidad de las personas que deban deponer como testigos no sea develada durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, esta situación no exime al testigo de comparecer a la sala de audiencia, ni pareciera que en estos supuestos se pueda excluir o limitar la publicidad del juicio”.

4- Libro. Gunther Jakobs y Manuel Cancio Meliá (2006), Derecho Penal del Enemigo 2ª edición, Pamplona, tomado de Ediciones Castellano.

En este libro hace un análisis corto, pero profundo de la figura del peligro o el llamado enemigo dentro de la sociedad, al mismo tiempo dentro del libro se defienden dos posiciones dado que uno de los autores defiende la tesis del derecho penal del enemigo y el otro como

contraparte no está de acuerdo con esta tesis, por lo que es un interesante análisis de dos perspectivas y al final el lector es el encargado de tomar sus conclusiones.

Según el autor Jakobs tenemos a la sociedad de la cual se genera el Estado y esta misma sociedad le da la potestad al Estado de cuidar por sus intereses por medio de la formación de instituciones enfocadas a distintas áreas de interés, o sea la obligación de este Estado como representante es una obligación recíproca con los ciudadanos, en el ejercicio del derecho, entonces bajo esta premisa todos los individuos vivimos en sociedad, es importante en este punto como el autor hace referencia a otras teorías donde se analiza la teoría de los roles y el riesgo permitido dentro de la convivencia dentro de la sociedad.

Un ejemplo de esta posición es la de Rousseau el cual dice que si los individuos no viven en armonía en la sociedad entonces esta sociedad está facultada para expulsarlos de ella. También está la posición de Kant aún más extrema que dice que a los individuos hay que obligarlos a vivir en sociedad, pero la gran pregunta que se hace a este es, si aun obligándolos estos no aceptan formar parte de esta sociedad, entonces la sociedad no está obligada a que esta persona sea considerada como un ciudadano, en la posición de Jakobs tanto como en la de los otros mencionados anteriormente a este individuo que no cumple con las reglas de la sociedad se le llama un individuo que es peligroso para la misma en sus actos.

Pero desde el punto de vista de Jakobs esta es una persona que hizo su costumbre la vida de delincuente por lo que genera y se le reconoce como una persona peligrosa, pero a diferencia de la posición extrema de los otros pensadores Jakobs cree que aun cuando a esta persona se le reconoce como peligrosa no se tiene que separar del todo de la sociedad por cuanto este tiene el deber de reparar el daño que cometió en la misma y el derecho de cambiar su actitud si está dentro de las posibilidades, menciona Jakobs...

“...Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal -determinado por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. De nuevo, dicho con un

ejemplo: a quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad”.

Dentro de la posibilidad de reconocer que la persona es un peligro para la sociedad es cuando esta acostumbra a cometer delitos, pero en nuestro país se actúa bajo el concepto de que nadie es culpable hasta que no se tenga una sentencia firme que lo acredite como el autor del hecho punible, pero aun de este modo tenemos normativa dentro de nuestro sistema penal que es derecho penal del enemigo puro coercitivo.

Aplicamos el proceso penal por etapas, y como última etapa la sentencia donde puede ser absuelto o condenado.

Ahora bien que pasa si dentro de este proceso el sujeto que se separó de la sociedad es una persona reconocida por su vínculo con organismos de delincuencia organizada o de sicariato, que siempre se distinguen por ser casos de alto impacto, donde se pone en peligro, la seguridad jurídica y de las partes que forman parte de un proceso, entonces el mismo sistema aun cuando tenemos un programa de protección al testigo decide, previo a llegar a una sentencia cortar sus garantías procesales y personales, esto se hace vigente en el instituto de la prisión preventiva, donde esta persona sin llegar todavía a un final en el proceso sin saber si es culpable, cumple pena de cárcel donde a todas luces se le violan sus derechos dentro de proceso penal, otros institutos que violan estos derechos según Jakobs son los de las escuchas por medio de intervenciones telefónicas, lo cual aun con permiso de un juez es una violación a la privacidad de las personas, las cuales hasta ese momento son investigadas, pero no son culpables de ningún delito.

Es bueno explicar el porqué de esta violación de garantías y derechos, la explicación que da el autor es que se presume aun si este individuo no ha sido condenado que el representa un peligro para la sociedad, más en específico a las personas que están involucradas como partes en el proceso y a otras involucradas, pero no son parte de este.

Al final es esa presunción de peligro futuro, aun sin sentencia lo que hace que al individuo se corten sus garantías individuales y procesales, no podemos decir tampoco que

es con base en comportamientos pasados, porque no se le está juzgando por su comportamiento pasado y de tener casos pasados resueltos estos no se involucran con un nuevo proceso, porque serían cosa juzgada material, y al mismo tiempo nadie se puede procesar por un supuesto pasado cuando el sistema se tiene que basar en la evidencia de un nuevo caso, entonces los únicos presupuestos vigentes para cortar su libertad sin sentencia o violar su privacidad por medio de escuchas es que puede significar un peligro, aun si esto mismo es un supuesto.

La relación que tiene este libro con el desarrollo del tema es un amplio, desde varios puntos de vista, primero decir que una de las cuestiones más importantes a la hora de hacer un análisis de este tipo sobre los testigos y las partes del proceso penal, es el peso que tiene cada uno dentro del mismo proceso, cual es el aporte que realiza cada uno de estos actores que es necesario para una futura resolución de un caso, está dentro de los roles del individuo ser testigo, el imputado sobrepaso el riesgo permitido y el deber del Estado en este caso representado por la figura de los tribunales de justicia en dar observancia de estas garantías.

### **Antecedentes nacionales**

5- Jorge Kapfer Vásquez. julio del 2015. “Medidas extraordinarias de protección a testigos en procesos penales en Costa Rica”. Tomado de la Universidad de Costa Rica.

La tesis “Medidas extraordinarias de protección a testigos en proceso penales en Costa Rica.” fue presentada para optar al grado de Licenciado en Derecho de la UCR en el año 2015. Sus objetivos eran demostrar el cambio que produjo el voto de sala constitucional sobre la figura del testigo sin rostro que lo limitó a una protección intraprocesal de la audiencia oral y pública presente en la ley 8027 y que siguió la metodología cualitativa dado que hace un análisis del voto de sala constitucional y su influencia en el desarrollo del proceso penal en sala tercera y permitió conclusiones relevantes.

Esta tesis de Jorge Kepfer se enfoca en los resultados del voto de sala constitucional sobre la invalidez del testigo sin rostro en Costa Rica, desde dos puntos, el procesal y el extraprocesal y cuál de los ámbitos se vio más afectado en la práctica penal, el cual fue el procesal.

Se refiere a la resolución N°18698 de noviembre del 2010 y N°17907, 2010, de la sala constitucional y cómo este cambió la forma en la que se manejaba, el programa de protección de testigos, limitando la protección a la audiencia de investigación e intermedia, esto en cuanto a la reserva de datos e identidad física, dejando sin efectos esta protección para la etapa de juicio, al mismo tiempo hace un análisis de las dos formas de protección dentro del proceso penal que serían, las procesales y extraprocerales.

Las procesales como antes se expuso es la reserva de la identidad física, como serían datos, número de cédula, dirección de su vivienda, nombre, lugar de trabajo. Y el extraproceraal, donde las medidas de protección externa involucran directamente la decisión de la oficina de protección de testigos, la cual se tiene que asegurar de resguardar la integridad del testigo cuando durante la etapa del juicio oral y público las medidas de protección se ven disminuidas por lo que pasa directamente al ámbito externo, como hace referencia Kapfer...

“La oficina de atención y protección a víctimas y testigos y fundamentalmente las medidas extraordinarias o extraprocerales de protección a testigos caló en importancia como tema de estudio, más aún cuando su regulación es de numerus apertus. Se eligió circunscribir el tema al del testigo, en razón que le tema del papel de la víctima ya se encontraba agotado no se había prestado atención al papel del testigo como muchas veces sujeto ajeno al proceso”.

Este trabajo hace una relación sobre la limitación de los medios de protección dentro del proceso y la obligación para el estado y sobre todo el tener que invertir más recursos en los medios extraprocerales los cuales no le aseguran a la víctima que el riesgo sea nulo.

6- Maurice Francis Ghesquière Briceño (2010). “El testigo sin Rostro en Costa Rica” tomado de tesis Universidad de Costa Rica.

Esta tesis “el testigo sin rostro” de la Universidad de Costa Rica fue presentada para optar por el grado de licenciatura en Derecho, tiene un derecho más cualitativo que cuantitativo, porque hace un análisis de la figura sin rostro previo al voto de sala constitucional del 2010.

Es importante saber que esta tesis es anterior al voto de sala constitucional que elimina la figura del testigo sin rostro, pero su importancia es que hace un análisis previo en la misma línea de la sala constitucional sobre los derechos del imputado.

Maurice Francis nos habla de la entrada en vigor de la ley 8720 de protección de testigos en Costa Rica y con esta la introducción de la figura del testigo sin rostro.

Hace un análisis desde el artículo uno de la constitución, que sería el principio democrático tocando el debido proceso y el derecho a la defensa, dice que a todas luces la figura del testigo sin rostro es violatorio de los Derechos Humanos y refleja un retroceso en la lucha por alcanzarlos esto por cuanto el imputado tiene derecho a su legítima defensa según la ley, sin que se le limiten sus facultades con el ocultamiento de testigos.

Este análisis es anterior al voto de la sala constitucional, pero de igual forma hace un trabajo de derecho comparado con el mismo tipo de figura aplicada en Colombia y el Salvador, de este modo se encarga de resumir las violaciones a los derechos de defensa de los países nombrados anteriormente con respecto a los imputados y sus garantías procesales, del mismo modo relaciona la ilegalidad de la figura en Costa Rica con el artículo 39 de la constitución política, su conclusión es que al ser los derechos humanos inalienables, irrenunciables, aun cuando exista riesgo a la vida en un proceso contra los testigos, no se le puede negar al imputado su derecho a la legítima defensa, como dice Ghesquière Briceño...

“...El testigo protegido es el sujeto que habiendo proporcionado o pudiendo proporcionar información en una investigación o proceso en particular es convocado a dicho efecto por la autoridad y al mismo tiempo es sometido a un régimen de protección en virtud de los riesgos que recaen sobre el”.

Importancia en relación con mi desarrollo del trabajo es que nos habla sobre el principio constitucional de democracia, el debido proceso y el derecho a la defensa, pero no menciona el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, se deja de lado que la tarea de los testigos es un riesgo que los involucra directamente para la resolución de un proceso del cual muchas veces no forman parte.

7- Informe de investigación, (2012) “Medidas de protección a víctimas y testigos”. tomado de Costa Rica, CIJUL.

Este informe de investigación “Medidas de protección a víctimas y testigos” nos hace un análisis desde el punto de vista cuantitativo, porque hace una revisión de los distintos presupuestos que nos protegen como lo son los derechos transversales procesales y cualitativo, porque hace una relación de estos derechos con las instituciones encargadas de su aplicación.

Este informe hace una reflexión más allá de los resultados del proceso penal, se enfoca en cómo se tiene que cubrir a todos los habitantes de la sociedad desde las esferas del Estado, donde cada uno de sus miembros depositó su confianza para ejercer sus cargos públicos.

En relación con la protección de los testigos y víctimas el informe nos dice, se precisan proteger campos específicos como lo serían las garantías generales o políticas, las instituciones del derecho representativo y las garantías especiales (libertad, vida, patrimonio de los habitantes sus derechos y garantías, que a su vez se dividen en garantías civiles y garantías judiciales esto nos daría una protección completa en la esfera del proceso...

“Sin menoscabo de los derechos y garantías reconocidos a los imputados considerados como una de las mayores conquistas jurídicas de los modernos sistemas penales es preciso establecer los cauces jurídicos adecuados, no sólo para asegurar la efectividad del derecho a la reparación o resarcimiento de las víctimas, durante mucho tiempo objetivo inicial o principal tanto en el ámbito internacional como en los ordenamientos internos en materia de protección de las víctimas, sino también en orden al logro de otros dos grandes objetivos no menos importantes como son, en primer lugar, la consideración de que el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la activación de su papel en el proceso pueden contribuir directamente a la recuperación de la víctima, al aumento de la eficacia del proceso penal y al sentido individual y colectivo de «justicia»”.

Este análisis es importante ya que nos habla de los derechos que son transversales para todos los miembros de la sociedad, como lo son la libertad, la vida, el patrimonio, y el encargado de tutelar este derecho es el Estado por medio de sus órganos.

## **Justificación**

Si bien Costa Rica a diferencia de Europa como ya se mencionó en los antecedentes, como en la mayoría de las legislaciones penales, pasa de un sistema poco garantista o más bien inquisitorio a un sistema que evoluciona hacia la protección de los Derechos Humanos, como la mayor parte del mundo occidental, nuestros países a diferencia de los países de Europa en especial Centro y Sur América no tienen una marcada tendencia al terrorismo o a los grupos extremistas islámicos, aun así en años pasados que se podrán recordar por medio de los libros de historia que hubo células terroristas en sur América, pero sobre todo, se ha caracterizado por una lucha entre los Estados y los grupos rebeldes que se unen contra el mismo Estado y sus instituciones, mucho de estos ligados por el financiamiento del narcotráfico, esto último es lo que afecta en mayor medida la seguridad de los países de América Latina, y de manera más acentuada en los países que tienen un alto grado de corrupción, así como poco o nada de confiabilidad en sus sistemas penales, por esto y la creciente inseguridad ligada a crímenes de alto impacto es que se puede hacer un medio de comparación con la doctrina de origen Europeo y su aplicación en América Latina.

Cuando revisamos las doctrinas y la legislación europea sobre todo española y alemana vemos que hacen referencia al terrorismo contra el Estado, nos referimos a los ataques terroristas llevados a cabo por células de países islámicos o locales separatistas, muchas veces por medio de personas árabes o de creencias musulmanas que emigraron de sus países de origen a residir en Europa, pero que al mismo tiempo siguen practicando sus ideologías radicales y en contacto con grupos violentos organizados encargados de llevar sus planes en estos países y su financiamiento, es por eso que en la doctrina se desarrolla todo un tratado de protección de los testigos y víctimas en contra de estas prácticas radicales, pero siempre partiendo de un punto en el que sabemos que esto es más una fe ideológica que una ambición de riqueza económica.

En los países de Centroamérica y en este caso podemos incluir a México como el lugar de paso más importante antes de llegar a un destino que siempre es la meta de muchos de estos grupos criminales, luego tenemos el área Centroamericana como siempre pobre y golpeada por la corrupción de sus sistemas y gobiernos, luego Sur América, que es donde

comienza el viaje de la violencia con rumbo al norte del continente como destino los Estados Unidos de Norte América.

Si bien las legislaciones penales de todos estos países de caracterizaron por ser a todas luces violatorias de los derechos humanos y derechos de los imputados, con prácticas de limitación a una defensa efectiva, tácticas de tortura, falsas confesiones y un sin número de actos que violaron los derechos de los imputados por años, muchas de estas legislaciones penales tenían un origen de dictaduras que se querían perpetuar, por esto la casi inexistencia de una práctica de protección sobre todo para el imputado era evidente.

Poco a poco, pero no de forma general, la mayoría de los países latinoamericanos al sur de los Estados Unidos de América, tratan de evolucionar hacia sistemas más modernos, tanto penales, como procesales, donde se les dé un equilibrio a las partes en el proceso donde, no solo a una parte se le protejan sus derechos y a la otra se le cause indefensión, y en este ejercicio de aplicación de los Derechos Humanos muchas legislaciones modifican sus sistemas penales y procesales, llegando a un equilibrio acorde como lo exigen los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Sabemos que en esta materia los países han desarrollado un gran mecanismo de respeto a los Derechos Humanos dejando de lado las tácticas inquisitorias del pasado, pero como hablamos anteriormente aun cuando en los países se logra avanzar en esta materia, el crimen y el delito a gran escala siguen creciendo a lo largo de nuestros países y esta es una realidad que no podemos evitar enfrentar, la violencia que ejercen estos grupos es muy distinta a la que se practica por grupos radicales islámicos en Europa.

En nuestros países tiene componentes distintos, fines más económicos y de poder, esto porque las bandas siempre compiten por ganar terreno ya sea dentro de la producción y distribución, o porque las personas de bajos recursos lo ven como una salida fácil o la única ante la poca respuesta social de nuestros países para evitar que terminen involucrados con estas bandas, que se caracterizan por una extrema violencia, que la mayoría de las veces viene alimentada de una extrema pobreza que ayuda a engrosar sus filas de adeptos.

Conforme este problema aumenta en nuestros países ligado al tráfico de drogas y esto desencadena otros males en nuestros países siempre ligados al crimen organizado, como la

legitimación de capitales, sicariato, pandillas, corrupción, esto hace que los órganos del Estado encargados de la seguridad se tengan que hacer un gran cuestionamiento.

Este se refiere a cuál es el límite de las garantías en los casos de alto impacto que envuelve crímenes, asesinatos, secuestros, amenazas de muerte, frente a la protección de los que se involucran de manera directa o indirecta en nuestros países con estos grupos, desde el momento que inician una investigación, desde recabar prueba para llevar a los criminales a la justicia los cuales muchas veces son de alta peligrosidad y su vida está dedicada a delincuencia desde una larga data. La pregunta es cómo lograr no violentar los derechos de los imputados y mantenerles sus derechos procesales aun cuando estos pueden ser muy violentos y llegar por todos los medios que tengan en sus manos a tratar de quedar impunes por las causas que los persiguen.

Como el título del estudio lo dice es un análisis del testigo sin rostro, pero no se puede llegar a ver esta figura de manera individual, sin tratar de manera paralela a los demás implicados en un proceso penal, con esto me refiero tanto al imputado, la víctima, que muchas veces pueden o no formar parte de proceso, como lo dijimos anteriormente muchos países de Latinoamérica más en específico en el caso de Colombia y Perú, por la gran problemática asociada al narcotráfico y terrorismo durante muchos años en el pasado.

Dentro de su proceso a Colombia le tocó implementar figuras que ante los ojos de otras legislaciones serían completamente violatoria de las garantías procesales del mismo modo las implementó Perú, estas prácticas van desde el juez con capucha, hasta el testigo sin rostro, aun así podemos leer en las doctrinas que muchas de las personas en Colombia rechazan esta figura que se aplica violatoria de garantías del mismo modo ocurre en Perú, al ser el área de Centroamérica un corredor para América del Sur, la violencia y peligrosidad de estas prácticas se va mudando a nuestros países, si bien Costa Rica tiene una larga historia democrática y es conocido por el respeto a los Derechos Humanos, no podemos obviar que este problema nos alcanza a todos y se acentúa en momentos de crisis económicas, donde las personas más vulnerables se mudan a este tipo de prácticas.

Entonces localmente si no enfocamos en el caso de Costa Rica, vemos un aumento no tan marcado como en otros países, pero sí un aumento en los casos de alto impacto que pueden involucrar estas prácticas a las que hicimos referencia antes, esto hace que el

legislador tenga que tomar una decisión para estos casos muy puntuales y saber cuál es la balanza y el equilibrio de las garantías dentro de los actores y los que participan dentro del proceso penal, pueden proteger los derechos humanos y garantías procesales del imputado, o pueden dejar a los otros involucrados llámese víctima o testigos en una completa indefensión ante los peligros que describimos anteriormente.

Si bien este ejercicio de análisis pretende hacer un estudio que puede abarcar desde cosas básicas como ensayos, tesis, doctrina y jurisprudencia, no pretende cambiar la posición de los órganos encargados de hacer justicia en el país y velar por las garantías de las partes al mismo tiempo que buscan justicia pronta y cumplida, más bien pretende hacer ver dentro del mismo análisis del proceso como se puede afectar a las partes en específico, pero al mismo tiempo se puede ver afectado el fin del proceso el cual es llegar a una resolución y brindar justicia a los ciudadanos y los involucrados.

Se pretende un análisis desde el punto de vista de distintas latitudes, con apoyo en jurisprudencias, opiniones de distintos doctrinarios de peso en el campo penal, así como lecturas de tesis y la experiencia en el desarrollo de este tema en otros países, no se pretende cambiar el accionar de las autoridades nacionales sobre su punto de vista de las garantías que se le deben respetar al imputado ni pretender discutir la posición de las salas que toman las decisiones en el país conforme al apego de los Derechos Humanos que persiguen un trato más justo para los que se ven involucrados en un proceso penal.

Lo que si se quiere lograr con este análisis es ver si hay una afectación desde varios puntos de vista, tanto personales en la esfera de vida de las partes más débiles dentro del proceso como una amenaza a su seguridad, lo cuál de manera indirecta, influye en tomar una decisión por parte de las personas si es contraproducente o no, el verse involucrado a favor del Estado como parte en un proceso que al final beneficia tanto al mismo Estado y como a la sociedad en general.

De manera que se pretende estudiar si esta decisión de la parte por una falta de confianza en la protección que le puede brindar el Estado dentro del proceso se disminuye al punto que no se quiera hacer presente, y con esto se puede perder información o detalles muy puntuales que pueden llegar a ser muy necesarios para a resolución de un caso de alto

impacto, si esto sucede los tribunales no cuentan con las suficientes herramientas para tomar una decisión fundamentada y puede ser muy grave a la hora de dictar una sentencia.

En ese contexto y con la creciente inseguridad y la necesidad de los ciudadanos de una justicia pronta y cumplida y lo que significan como ya se explicó anteriormente estas redes de crimen que afectan a la población en general y no solo se limitan a una actividad delictiva si no que estas redes extienden sus negocios a distintas esferas de la sociedad, es por esto que al Estado ser el garante de la seguridad ciudadana, este se tiene que asegurar su protección por encima de los peligros que significan estas organizaciones y lo puede lograr únicamente con la administración de esa justicia a los involucrados en la delincuencia por medio del cumplimiento del proceso y la pena privativa de libertad presentes en las normativas nacionales de entrar estos individuos en los supuestos que tienen nuestros códigos, no se trata de hacer penas más fuertes o imponer más años.

Se trata del cumplimiento de las normas aplicables que ya tenemos dentro de nuestra normativa, no es agravar el sistema punitivo, es la protección de las partes más vulnerables dentro del proceso cuando es un caso de alta peligrosidad, y el llevar un proceso justo a las partes con las debidas medidas para las partes que se ponen en riesgo para tratar de solucionar un caso, esto genera confianza en la sociedad de primera mano.

Los ciudadanos pueden decir mi caso se resuelve de manera rápida y no es un proceso que dura años sin resolverse, porque cuando esto pasa las personas ni siquiera se acercan a poner denuncias, porque el común denominador es ahí nada se resuelve, o siempre los dejan libres.

Es difícil en una sociedad que siempre busca penas privativas de libertad más fuertes van a entender la forma de llevar un proceso penal, pero es tarea de los órganos jurisdiccionales tratar de darle esa tranquilidad a la ciudadanía de que su conflicto puede ser resuelto por la vía legal.

Otra parte importante de este análisis no solo es la justicia pronta y cumplida, de igual manera y no menos importante es esa seguridad que le damos a los involucrados en el proceso que como sabemos al igual que el imputado son parte de la sociedad, pero hay que hacer una gran distinción muchas de estas personas son testigos que no forman parte del caso, pero

están presentes en el momento del hecho delictivo, y esto conlleva un riesgo mayor cuando su vida se ve comprometida por la resolución de un caso que ni siquiera es de su competencia, es en estos supuestos es donde el Estado es el llamado a proteger el riesgo que significa hacer una labor de estas en un proceso penal.

La idea de este análisis es que a futuro se pueda tomar como estudio sobre la figura del testigo sin rostro en relación con las partes del proceso los riesgos y la protección que el Estado tiene que brindar a las mismas, no es llegar a intentar cambiar una posición, es ver cómo esto puede afectar el debido proceso desde un punto de vista de una realidad sobre la criminalidad que cada vez golpea más a nuestro país.

En definitiva nuestras instituciones deberían tomar en cuenta a la hora de implementar medidas que ya están dentro de nuestra legislación, pero que en el cumplimiento de institutos internacionales de derecho, se toman decisiones que pueden afectar tanto la vida de las personas como testigos, las víctimas y como punto más preocupante la resolución efectiva de los procesos penales, al cual no le queda más opción que tratar de dar una protección extraprocesal para los cual nuestros países en dificultades económicas están poco habilitados para brindar efectivamente.

### **Proyecciones**

Es un análisis de la figura del testigo sin rostro y la protección de las garantías procesales de las partes involucradas en el proceso, se pretende dar una conclusión de qué medidas se pueden tomar para mejorar la seguridad y la resolución de los casos penales.

Se analiza la figura del testigo sin rostro, se puede mencionar la figura del juez y la víctima, pero solo en referencia, cuáles son sus garantías dentro del proceso como partes involucradas, pero no en su totalidad, el enfoque apunta más al testigo.

Con límites se puede hablar de las diferentes etapas del proceso penal, pero el fin no es desarrollar el proceso como tal, sino más bien una referencia con respecto al caso de estudio.

Se limita a hacer un análisis de los delitos de alto impacto tanto en la legislación nacional como la extranjera, no se aplica la figura del testigo sin rostro a delitos de bajo impacto.

### Cuadro Marco Teórico

<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>TEMAS</b>	<b>SUBTEMAS</b>	<b>REFERENCIAS</b>
<p>1-Analizar el alcance de la sentencia de sala constitucional y fallos de sala tercera, en la figura del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en el cumplimiento de las garantías procesales del imputado.</p>	<p>1-Historia del derecho penal y procesal penal.</p>	<p>1- Historia, Antigua, Grecia, Roma, Francia, Juan sin tierra.</p>	<p>1-Llobet Rodríguez Javier. "Sistemas procesales del Derecho Penal". Centro de información jurídica. Colegio de Abogados y Universidad de Costa Rica.</p>
	<p>2- Sistemas del derecho penal.</p>	<p>2- Inquisitivo, Acusatorio, Mixto.</p>	<p>2-Antonio Solón Ruda (2019) "Breve historia del derecho Penal" Del primitivismo criminal a la era de las escuelas penales. Barcelona Bosh editorial. 2-Fermín Morales Prats. Barcelona. 2015 "La utopía garantista del Derecho Penal en la edad media" Real Academia de Doctores. 2-Gabriela Dayana Arias Godínez. San José. 2017 "Análisis de los resabios</p>

			inquisitivos en el código procesal penal costarricense de 1996” San José. Universidad de Costa Rica.
	3- Teorías del delito derecho penal.	3- Causalista Neokantiana Finalista Funcionalismo.	3- Oscar Peña Gonzales, Frank Almanza Altamirano. Perú, (2017) “teoría del Delito” manual para su aplicación en la teoría del caso. Asociación Peruana de ciencias jurídicas. Gunther Jakobs, Cancio Malia. 2003 “Derecho Penal del enemigo” 1era edición Madrid España editorial cuadernos civitas. 3-M.Sc. José Arnoldo González Castro. San José 2008 “teoría del delito” Poder Judicial Costa Rica. Programa de formación de la defensa Penal.
	4-Principios del derecho procesal.	4 -Comunidad de la prueba	4-Javier Llobet. 2012 “El debido proceso en el

		<ul style="list-style-type: none"> <li>-Instancia única</li> <li>-Publicidad</li> <li>-Concentración</li> <li>-Contradicción</li> <li>-Principio de igualdad</li> <li>-Oralidad</li> <li>-Inmediación</li> <li>-Imparcialidad</li> <li>-Única instancia.</li> </ul>	<p>sistema interamericano de derechos humanos”. Revista digital UCR.</p>
	<p>4-Derechos del imputado dentro del proceso penal normativa.</p>	<p>4- Código procesal penal</p> <p>4- Constitución política de Costa Rica</p> <p>4- Corte interamericana de derechos humanos.</p>	<p>4- 28 de noviembre del 2018 “Caso, Norin Catriman. Dirigentes del pueblo Indígena Mapuche vs. Chile.</p> <p>4.4- Javier Llobet. 2012 “El debido proceso en el sistema interamericano de derechos humanos”. Revista digital UCR. Paulina Vega González. 2006 “El papel de las víctimas en los procedimientos ante la corte penal internacional” Revista internacional de</p>

			Derechos Humanos. Núm. 5.
	5.1-Protección de víctimas y testigos en el proceso penal.	5.2- Normas del código procesal penal Protección extraprocésal de la víctima. Protección intraprocésal de la víctima.	5-Carmen Navarro Villanueva. 2009 "Protección a testigos y peritos" Justicia revista de derecho procesal. Universidad de Barcelona. 5-Eduardo Briceño Cruz. (2012) "Ley 8720. Ley de protección a víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal". A la luz del precepto del debido proceso.

<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>TEMAS</b>	<b>SUBTEMAS</b>	<b>REFERENCIAS</b>
1-Describir los derechos y obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo dentro del proceso penal.	1-Garantías de los testigos en el derecho penal.	1- normativa procesal penal Ley de protección de víctimas y testigos.	1-Luis Paulino Mora Mora. "Sistemas procesales del Derecho Penal". Centro de información jurídica. Colegio de abogados y Universidad de Costa Rica.
	1-proteccion extraprocesal del testigo.	1- normativa procesal penal y ley especial.	1-Sala Constitucional. Voto 1739 del año 1992. "La prisión preventiva". Sala Constitucional, consulta de constitucionalidad número 01739- 92. "Los derechos del imputado"
	1-proteccion procesal del testigo.	1- normativa procesal penal y ley especial.	Rodolfo Piza Escalante. 1-Javier Llobet Rodríguez. "Proceso penal comentado". San José, Editora Dominza/Editorial Jurídica. Continental, 5ª. Edición.
2-Identificar elementos de vulnerabilidad de		2- código procesal penal, ley de	2-Javier Llobet Rodríguez. "Proceso penal comentado". San

<p>los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.</p> <p>3-Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro en contraposición con los derechos del imputado.</p>	<p>2- procedimiento de protección de testigos.</p> <p>2-resolucion judicial para la protección de víctimas y testigos.</p> <p>2- Recursos para la protección víctimas y testigos.</p> <p>3- sobre la obligatoriedad del testigo de brindar testimonio</p> <p>3-Figura del testigo sin rostro como forma de protección en el código procesal penal y el anticipo jurisdiccional de prueba.</p>	<p>protección de víctimas y testigos</p> <p>2-codigo procesal penal, ley especial de víctimas y testigos.</p> <p>2-Es viable la protección del testigo y la victima por parte del Estado.</p> <p>3-La obligación de testificar podría dejar en indefensión o disminuir la protección del testigo.</p> <p>3-Es viable ocultar a un testigo en la audiencia oral y publica sin violentar la legitima defensa.</p>	<p>José, Editora Dominza/Editorial Jurídica. Continental, 5ª. Edición.</p> <p>2-Sala Constitucional. Consulta judicial. “Reserva de la identidad y las características físicas de los testigos” Núm. 2010- 17907.</p> <p>3-Javier Llobet Rodríguez. “Proceso penal comentado”. San José, Editora Dominza/Editorial Jurídica. Continental, 5ª. Edición.</p> <p>3- Sala Constitucional. Resolución Numero 01759- 2000. “Inviolabilidad de la defensa.” Rodolfo Piza Escalante.</p> <p>3-Sala constitucional. Control de Constitucionalidad.</p>
---	---	---	---

	3-sobre el uso tecnológico en el testimonio por parte del testigo.	3-asegura la integridad física del imputado el uso de medios tecnológicos.	Testigos reserva de identidad y características de testigos en el proceso penal. Núm. 18698 – 2010.
--	--	--	---

## Capítulo II: Marco teórico

### Evolución histórica del derecho penal y procesal penal

Al ser la CIDH tan importante una vez que cada país firma este tratado hay un compromiso directo con el resguardo de los intereses de las partes dentro del proceso, siempre respetando las garantías que nos piden los derechos humanos, por esto siempre es importante hacer una revisión extensa de las resoluciones de esta corte en materia de víctimas y testigos, al mismo tiempo por medio de este estudio descubrir si esta protección se da en las diferentes etapas del proceso o si hay contradicciones en estas resoluciones.

El tema por desarrollar trata sobre el instituto de la protección de víctimas y testigos dentro del proceso penal y su relación con las garantías del imputado, si bien este va a ser el enfoque directo del estudio, con un análisis detenido de la ley de protección de víctimas y testigos, enfocado más a la figura del testigo, su tratamiento en el código procesal penal, los inicios del código penal, sentencias de sala constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Sala Tercera, es importante hacer un recorrido tanto dentro del ámbito histórico internacional, como el nacional de la evolución dentro del derecho penal de estos institutos que cubren las garantías de las partes involucradas y cómo estos se han desarrollado hasta su aplicación en lo que hoy conocemos como el debido proceso.

Para no hacer un análisis de la historia que puede dar datos desde los inicios de los institutos penales, se espera hacer un desarrollo de la evolución de este proceso muy breve sobre la época antigua para luego desarrollar más puntualmente a la antigua Grecia, Roma, la Edad Media, el Renacimiento, la Carta Magna de aplicación en Inglaterra, para luego

detenernos en su evolución dentro del territorio nacional, hasta su aplicación procesal más reciente.

### **Evolución de las ideas penales en la Antigüedad:**

#### **1) Venganza privada:**

-Individual y familiar

#### **2) Venganza pública:**

-Intimidatoria, teológica y política

#### **3) Humanitaria**

#### **4) Científica**

### **Venganza privada**

El hombre actúa por instinto para protegerse a el mismo y a su familia, el castigo está depositado en manos de los propios particulares de modo que si alguien sufría un daño tenía el derecho a tomar revancha, se sirvieron de la ley del talión, por la cual se podía causar un daño de la misma magnitud del que había sido provocado.

### **Venganza individual**

El ofendido realiza su venganza por mano propia, de manera desproporcional.

### **Venganza familiar**

Es la aplicación de la ley del talión donde se trata de tener una proporción en la respuesta al daño inferido, un grupo familiar puede realizar un acto en respuesta de la misma proporción del daño inferido.

### **Venganza pública**

Es un acto de venganza, pero es ejercida a través de una autoridad, se traslada la ejecución de la pena a un representante de los intereses de la comunidad, en una forma primitiva se trasladó a órganos especiales y se limitó el derecho de venganza de los ofendidos, se organiza un sistema probatorio y la pena se fue objetivando e independizando del sujeto que la señalaba, las autoridades administrativas.

### **Intimidatorio: Teológico y político**

A pesar de la institucionalización de las penas, las clases dominantes como eran la nobleza y el clero la emplearon para someter a los dominados a una cruel represión y la máxima inhumanidad de las penas como la decapitación, ahorcamiento, hogueras y torturas como azotes, garrote, desmembramiento y escritura de libros como el martillo de los brujos, que describen las prácticas de torturas esta es la etapa más sangrienta en la cual las personas podían ser denunciadas de forma anónima por una conducta que era considerada ilícita.

### **Humanitario**

Esta surge como una respuesta a la etapa intimidatoria, teológica y política y busca que la forma de las penas, sean suavizadas.

Surgen los grandes pensadores, filósofos y humanistas con sus obras e ideas influyeron para limitar el ejercicio del derecho penal y desarrollar una ciencia.

Sus principales exponentes fueron Cesar Bonnesana, Marques de Beccaria que publicó el libro “de los delitos y las penas” y dice que las penas deben de establecerse obligadamente, en las leyes, ser públicas, prontas y necesarias, proscribir la pena de muerte y prohibir a los jueces la interpretación de la ley.

Los gobiernos se humanizan a partir de Beccaria y tienden a desaparecer las crueldades en el derecho penal y se incrementan los estudios para sistematizar el derecho penal.

### **Etapa científica**

Esta se profundiza en la etapa humanitaria, pero se profundiza científicamente con respecto al delincuente se considera que el castigo no basta por humanizado que este sea, sino que también se tiene que hacer un estudio de la personalidad del sujeto y analizar a la víctima, es indispensable conocer el porqué del crimen, saber cuál es el tratamiento adecuado, para readaptar al sujeto y prevenir la posible comisión de otros delitos.

### **El derecho penal en Grecia**

Los datos que se tienen sobre el desarrollo del derecho penal en la etapa de Grecia provienen no directamente del desarrollo de sus institutos, sino más bien de los datos

aportados por oradores y filósofos escritores de las tragedias, que, del mismo desarrollo de la legislación en la época, pues fueron varias y distintas, por ejemplo, en Esparta y Atenas.

Tenemos que hay una completa falta de unidad jurídica para este período y por lo tanto, no podemos hablar de un derecho griego definido por tener un origen tan heterogéneo, por esto tenemos que las diferentes normas de penas cambian con las distintas épocas griegas.

El común denominador es que en esta época el derecho se desarrolla como parte de una divinidad, relacionado al origen divino de las cosas, siempre el actuar de las personas está relacionada con los dioses y en esto no existe una separación del derecho, es por esto, que la importancia de esta época recae no en el derecho directamente el cual está poco definido, pero lo hace más en los pensadores filosóficos, por ejemplo, Sócrates, Platón y Aristóteles.

Estos pensadores desarrollan diferentes temas relacionados al derecho, como lo sería la relación con el poder público y los dioses, nos dicen que este poder no depende de los dioses y su relación con las personas, nos hablan también de la individualización de las responsabilidades, la pena y hacer una distinción del delito público y privado.

Los delitos privados eran regidos por un sistema acusatorio, en el cual las partes que van a juicio están en igualdad de condiciones, esto quiere decir que la posición de las partes acusado y acusador es idéntica existiendo una paridad absoluta de los derechos y poderes de ambas partes, como comenta Llobet Rodríguez Javier. “Sistemas procesales del Derecho Penal”. Centro de información jurídica. Colegio de Abogados y Universidad de Costa Rica.

...La característica principal del procedimiento acusatorio es que la acusación le correspondía a una persona distinta del juez, en primer lugar, al ofendido y sus parientes y posteriormente a cualquier ciudadano. Así no se aplica propiamente el principio de oficialidad en la persecución penal, sino la acusación depende de la intervención de particulares. En este sentido con respecto al Derecho Procesal Penal ateniense indica Julio Maier: "El prestigio del régimen de persecución penal ateniense se debe a su sistema de acusación popular, facultad acordada a cualquier ciudadano para perseguir, en nombre del pueblo, los delitos públicos, y a su división entre delitos públicos, los que

interesaban al orden, la tranquilidad y la paz pública, perseguibles por cualquier ciudadano y delitos privados, los que afectaban sólo un interés privado, perseguibles sólo por el ofendido, sus padres, tutor o persona que lo tenía a su cuidado"\*.

b) Como consecuencia de lo anterior rige el principio de que no puede actuar el juez de oficio (*ne procedax iudex ex officio*), o lo que es lo mismo no hay juez sin acusador.

La característica de este sistema penal está lejos de respetar las garantías de los involucrados en el proceso aun cuando pone en práctica un sistema acusatorio, tenemos que las penas impuestas eran muy rigurosas, por ejemplo, la mutilación y la pena de muerte, aun así este sistema sienta las bases para hacer una diferencia entre la proporcionalidad de la pena y el delito cometido, las que luego tomará el derecho Romano y les dará más amplitud, es por esto que no podemos desarrollar durante esta etapa un estudio sobre las garantías en el proceso de las partes involucradas.

Se le da más énfasis a una base filosófica del pensamiento la cual toman los pensadores griegos y esto lo aplican al derecho, por ejemplo, Pitágoras, este desarrolló una serie de leyes matemáticas, él creía que estas leyes eran un ejemplo de armonía, y que esta misma armonía se podía aplicar a la sociedad.

Platón fue un defensor de la aplicación de la ley por parte del Estado y que esta debía ser escrita por los magistrados para poderlas aplicar.

Aristóteles consideraba la responsabilidad moral de la conducta humana y siendo el hombre principio y fin de todo debe considerarse al momento de imponerse una pena, esta pena debe estar determinada en orden de defender a la sociedad.

## **El Derecho Romano**

Aun cuando la base del derecho que se practica en muchos países proviene del derecho Romano, tenemos que saber que en su desarrollo no se aplicaban institutos de garantías procesales aun cuando el derecho Romano evolucionó con las etapas Romanas de la Monarquía, la República y el Imperio.

Al analizar el derecho Romano tenemos que saber que en los primeros tiempos se practicó la venganza, la ley del talión, y la composición, y que por sobre todo estaba la figura

del Páter Familia, que era la cabeza de hogar y tenía potestad punitiva, esto limita los derechos de cualquier involucrado en un proceso privado.

Durante la monarquía se distingue entre delitos públicos “crimina pública” que son aquellos donde se vulnera el orden público y los delitos privados “delitia privata”, estos eran castigados por el mismo páter familia.

En las penas públicas se aplicaba el suplicium, que era la ejecución de los culpables, y la pena damnum, que sería el pago de dinero.

Durante la época de la república se da un aumento de los delitos públicos entonces aparece la “provocatio at populum” acá podemos notar que se le da a la persona acusada un recurso mínimo, de que su situación se conozca por otra vía, esta sería presentársela al pueblo que no siempre sería lo más indicado para un justo debido proceso, entonces cuando el acusado era condenado a muerte por parte del magistrado esta sentencia podía ser sometida a juicio del pueblo, esto es por lo menos un inicio de garantía para el procesado, porque se pasa de un sistema de acusación y sentencia solo por el Estado, a un sistema de acusación por parte del pueblo y sentencia por parte del Estado.

En el período de la República, se tiene la ley de las XII tablas, esto inicia con un intento de disminuir el carácter de las penas privadas por parte del páter familia y tratar de concentrar todo el poder punitivo en el Estado, que en sus principios fundamentales las XII tablas determinaban:

- 1) Cuáles son los delitos privados, no admitiendo casos de venganza.
- 2) Se afirma el principio del talión.
- 3) Se establece la composición para evitar la venganza privada.
- 4) Se elevan a carácter de delitos públicos, la traición, el falso testimonio, el incendio doloroso (se debía aplicar la muerte por medio del fuego).
- 5) La venganza se sigue aplicando en casos de mutilación y encubrimiento.
- 6) En cuanto al elemento subjetivo se reconoce el dolo, se distingue entre el homicidio doloso y culposo.

7) No se reconoce la tortura para obtener una confesión.

8) Se admite la defensa opuesta al ladrón que obra en la noche y en el caso de que se resista por las armas.

Como podemos ver si hacemos una lectura detenida de las tres etapas del derecho Romano, sabemos que sienta las bases de aplicación del derecho que se practica hoy, pero aún se encuentra muy lejos de los institutos de protección para las partes involucradas en el proceso, solo podemos ver algún detalle mínimo que cambia la forma punitiva de la aplicación de las penas, pero es solo el inicio ya que en su mayoría, el sistema acusatorio, tenía como fin la sentencia al imponer la pena de manera directa, sin ningún o casi ningún tipo de garantías para las partes del proceso.

### **Derecho en la Edad Media**

Es la intervención del Estado en la justicia penal a la caída del Imperio Romano de occidente, se hace una fusión del derecho Romano con las costumbres de los pueblos Bárbaros, sobre todo con mayor influencia del derecho Germano, que se caracterizaba por un cambio en las características y procedimientos o la costumbres primitivas grupales de los pueblos Bárbaros, se pone un límite la venganza de sangre, pero aparece la privación de la paz y la composición, influye este tipo de aplicación del derecho muy poco hasta nuestros días, y su única aplicación sería el código de Baviera de 1813, que tendría cierta influencia en las legislaciones penales del continente Americano.

En esta etapa se pondera el elemento objetivo, o sea, el daño causado, solo después se le dio importancia al elemento subjetivo, es por esto que no tenemos ningún acercamiento a las garantías procesales en este período del desarrollo del Derecho Penal en la historia, tampoco se castiga la tentativa, y se reprime con la misma pena a los partícipes de un delito, se destaca la presentación de la prueba, y si la persona salía libre del proceso la creencia es que dios había mediado para librarlo de cumplir la pena, se le da importancia al proceso de investigación del delito.

Se dice que una reunión de personas para fines delictivos constituye una “banda” en la cual hay jefes y subordinados, hay complicidad y autoría en los delitos, en cuanto al

concurso de delitos se sigue una línea de cúmulo de delitos, se reconocen los hechos voluntarios e involuntarios, por ejemplo, menores de 12 años o demencia.

También se conocen causas de justificación como la legítima defensa, y la obediencia debida, admiten las penas capitales, penas corporales restrictivas de la libertad, castigan el homicidio, el robo, hurto y la rapiña.

### **El Renacimiento**

Se retoma el trabajo de los jurisconsultos Romanos, donde el derecho predominante era el Civil, las leyes penales Bárbaras no eran comentadas, no se da todavía un nacimiento del derecho penal como tal, se hace un estudio más profundo del pensamiento humano y la inteligencia humana, en lugar de la autoridad y la supremacía del Estado, se da un individualismo que sería mostrado por la filosofía de la época, y poco a poco se da la aparición de un derecho penal, Beccaria y Filangieri llevaron el derecho penal a un punto más elaborado lo que resultó en una reacción contra lo social y se enfocó más en lo individual.

En esta época al término de la edad media, se da un rechazo a los institutos del oscurantismo de la edad media y un enfoque más individual de rechazo al Estado y la autoridad de la cual se esperaba una sociedad, basada estrictamente en la razón y en la naturaleza.

Tenemos como base dos escuelas principales la Francesa Humanista y en contraparte la Escuela Italiana de los glosadores y post glosadores

La Escuela Italiana quería interpretar, analizar, conocer la normativa Romana y aplicarla a la sociedad de la época, mientras que la Escuela Francesa quería conocer a la sociedad clásica incluido su derecho, y es en este contexto triunfa el estudio de los italianos.

### **La Revolución Francesa**

El derecho penal de esta época se rige por los principios y garantías que son institutos de la revolución.

Se busca el principio de igualdad de las personas ante la ley, el principio de legalidad y se empieza a hablar de las garantías procesales y sobre la supresión de las torturas, se mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto, en el código penal francés que entra en

vigencia en 1811 este quiere lograr la defensa social por el contenido intimidatorio de la pena, pero la idea de una enmienda del acto está ausente.

### **Los principios de código penal francés se basan en:**

**Principio de igualdad de las personas ante la ley:** se dice que las partes de un proceso en un lugar determinado tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos, para lograr esta igualdad se tiene que probar una desigualdad y el juez se encarga de nivelar a ambas partes en el proceso.

**El principio de legalidad del delito:** este principio significa que no hay pena sin ley escrita y anterior que lo establezca como tal, esto quiere decir, que no se puede sancionar si la pena no ha sido previamente establecida por una ley escrita y cierta, no hay pena sin ley positiva que sancione el delito.

**Eliminación del tormento:** era un sistema para obligar por la fuerza y el sufrimiento físico a declarar a los testigos o a confesar a los sospechosos y acusados.

**Suaviza la pena capital:** dice que la pena de muerte tiene que llevarse a cabo por medios que no produzcan dolor y sufrimiento prolongado.

**Desaparece el principio de juzgado:** era una desigualdad entre las personas, en la cual se decía que cada cual debe ser juzgado por sus iguales.

Luego de hacer un breve recorrido sobre sobre la aplicación de la ley penal en estos períodos importantes desde el punto de vista histórico para el derecho penal y procesal penal, podemos ver que se manejaban de manera muy primitiva los institutos penales, en los cuales la idea más importante en su aplicación era la pena y el delito, sin poco o nada de un sistema de investigación, en la mayoría de las ocasiones era de corte unitario donde solo una persona tenía la potestad de dictar si un individuo merecía vivir o no, sin ninguna otra alternativa, hacia el final y con las ideas del Renacimiento y la Revolución Francesa se practican institutos que nos van dando una luz sobre las garantías en el proceso penal, pero aun en una forma muy básica y en la cual se destaca como última metodología utilizada el científico que es de una data más reciente.

Con el repaso de las etapas del derecho penal y el inicio del proceso penal y explicando su aplicación en las diferentes y más importantes culturas donde poco a poco se va dando una evolución hacia implementar más los derechos y las garantías de los involucrados en un delito o proceso penal.

Se puede decir que uno de los momentos más importantes de esta evolución en la historia, fue la segunda guerra mundial, esto por la cantidad de vidas que se perdieron en un conflicto que involucró a las grandes potencias de la época, lo que desembocó en un enorme derramamiento de sangre y también el poco respeto hacia los prisioneros, los asesinatos, heridos, así como la planificación sucesiva y metódica con toda la logística que esto requiere del exterminio de una raza humana, de personas inocentes y de otro tipo de ideologías o religiones.

Esto dejó una profunda preocupación al término de esta guerra y al ver los horribles actos cometidos en ella fue que se determinó un instituto para prevenir estos horrores en el futuro de la humanidad.

Es así como nace la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, antes de esta declaración ya existían tratados que recogían la necesidad de otorgar un estatus único a los seres Humanos para su protección, el punto de partida fue la Carta Magna inglesa de 1215, aceptada por Juan sin tierra, para muchos este documento determina el inicio de la democracia moderna por cuanto el poder no iba a estar concentrado en una sola persona como figura del poder y se practica la igualdad ante la ley de las personas.

Esta declaración con los años completa su gesta con la creación al término de la segunda guerra mundial, de las Naciones Unidas, cuyo fin es “proteger a las generaciones venideras del azote de la guerra, la cual produce en la vida de las personas un sufrimiento incalculable”.

Aun después de la creación de las Naciones Unidas y hasta los años noventa teníamos Estados que eran considerados como los mayores violadores de los Derechos Humanos, es por esto, que el respeto a los Derechos Humanos se ha vuelto un esfuerzo tanto del sector Público como del Privado, debido al impacto que generan sus actividades, en la estabilidad social y económica de los países y sus pueblos.

Al ser los Estados lo mayores violadores de los Derechos Humanos, esta declaración pone especial atención en la observancia en las actuaciones de los Estados, al respeto de los derechos de todas las personas en la sociedad, se puede hacer una distinción, porque no todos los países son firmantes, esto porque dentro de sus políticas internas se mantienen institutos jurídicos que se pueden considerar como violatorias de los Derechos Humanos, dentro de estas políticas se puede considerar como la más violatoria la pena de muerte.

Es hasta este punto que se empieza a discutir el tema de los derechos y garantías, de las personas con un desarrollo más científico, aun cuando muchas legislaciones, mantienen su forma procesal en institutos muy antiguos que no respetan los Derechos Humanos.

De este modo podemos hacer una interrelación del desarrollo de la historia del Derecho Penal histórico con la evolución de los Derechos Humanos que son de más reciente data y cómo afecta este el Derecho procesal penal.

Como sabemos el Derecho tiene su origen en la sociedad, y es en esta misma sociedad que se hace la aplicación de los distintos enfoques del derecho penal, el cual se pone en manos de la autoridad de Estado correspondiente, la cual debe observar por el buen cumplimiento de estas normas dentro de la sociedad, por parte de los individuos en comunidad.

Es por esto qué de modo taxativo se generan los códigos penales con la ley sustantiva de aplicación, y los códigos procesales en los cuales se desarrollan las formalidades o solemnidades de las etapas que hay que respetar dentro del proceso penal, cada una de las sociedades de distintos orígenes, tienen diferentes formas de aplicación de formalidades para los delitos cometidos, algunos países utilizan una metodología distinta, no utilizan códigos.

Esta normativa sustantiva se aplica de forma sancionatoria directa, siguiendo un proceso, pero aun con la firma por parte de los países de la declaración de los Derechos Humanos, muchos países en su fuero interno de aplicación no ponen en práctica estas garantías, para las partes involucradas en el proceso, es por esto por lo que el derecho se maneja en el lugar y tiempo específico por la generación de las políticas de la época, distintas para cada Estado.

En muchos Estados aun con la existencia de los Derechos Humanos le dan prioridad a su autonomía, y es por esto que no aplican dentro de su normativa penal tanto sustantiva como procesal, los institutos protectores de los Derechos Humanos aun cuando son firmantes de estos tratados, de este modo los organismos internacionales se mantienen vigilantes de las resoluciones de los procesos penales de estos países, por conocer que existe una realidad interna, sobre la cual estos territorios aplican el proceso penal con base en conflictos internos, y su evolución a la aplicación de estos principios ha sido lenta.

### **La evolución del proceso penal en Costa Rica y sus garantías**

En Costa Rica a diferencia de los otros países de Centroamérica en su etapa de libertad e independencia de la colonia española y durante ella no sufre esa lucha constante de los pueblos indígenas con la clase europea dominante y es en este contexto que se trata de dar forma a la codificación dentro de nuestro país, siempre dentro de la codificación, aun en menor medida que los otros países, existe una tendencia de las clases poderosas a tratar de someter a las clases más débiles

Es por esto que en una de esta codificaciones la de Braulio Carrillo se mantiene leyes de tipo represivo para los ciudadanos, como sería, por ejemplo, la ley de la vagancia que en mayor medida era aplicada a los trabajadores del campo, para someterlos a jornadas de trabajo muy extensas, era normal en nuestro código de vieja data, que las penas eran de trabajos forzados, no así la pena de muerte que fue pocas veces aplicada y después abolida a diferencia de otros países en los cuales se mantenía un estado de guerra con las clases bajas y más necesitadas, en Costa Rica hubo una separación y segregación, pero en un nivel muy distinto al de otros países.

Los códigos mantenían normativa dirigida a limitar las garantías de las personas con el antes nombrado ley de la vagancia, o la ley agrícola del merodeo para la protección de las plantaciones de las familias ricas, sobre todo el café en los códigos sucesivos esto se transforma a una normativa más garantista.

### **El Código Penal de Carrillo**

#### **El Derecho penal de la Colonia**

Como antecedente tenemos el derecho penal Indiano que es una recopilación de leyes de las Indias vigente en todo Hispanoamérica en el siglo XVI, es un derecho autoritario de

tipo inquisitorio, tiene su punto de inicio en las Siete Partidas de las leyes del toro, es una forma de adaptar los viejos textos a la realidad que se vive en la Colonia y su administración este es el Derecho que rige a nuestro país hasta la independencia en 1821.

La promulgación del código de Carrillo se da hasta 1841 y este refiere a las materias Civil Penal, Procesal Civil y Procesal Penal también para la materia Comercial, hasta la promulgación del Código de Comercio en 1853.

Un ejemplo de los pocos Derechos o garantías del Código de Carrillo de 1841 fue el mantener la ley de vagos, que fue un resabio de Fernando VII de España, esta era dirigida a las clases más pobres que se tenían que dedicar a la labor de la tierra en condiciones muy negativas, y por esta normativa se les obligaba a tener que trabajar la tierra o a cumplir con la norma penal que estaba contenida dentro del código de Carrillo, el cual era una copia fiel del código penal español de 1822 que le sirvió de modelo, este código conserva la pena de muerte, es muy defectuoso, incluye los delitos cometidos contra la religión católica, conserva como atenuante y agravante la mayor o menor instrucción del sujeto que está siendo juzgado, este código es un intento de ordenar la vida civil y económica del país después de la independencia.

La utilización de este código por parte de Carrillo fue un medio de explotación a las clases trabajadoras del campo y jornaleros del café al mismo que tiempo que lo utilizó contra sus detractores, este código sirvió para encontrar mediante la ley de vagos y los trabajos forzados, mano de obra barata para los cultivos de café, que podían poner a Costa Rica en los mercados externos del momento, es en este momento y mediante este código es que se agudiza la aplicación de la pena de obras públicas como alternativa a la prisión, para construir carreteras con el fin de exportar café.

En la época de este código no existen los establecimientos carcelarios, porque no se dieron a la tarea de construirlos dado que la mayoría de las penas eran de trabajo forzado y obra pública, la construcción de establecimientos carcelarios se dio más adelante con el uso de islas y lugares de difícil acceso para la reclusión de los delincuentes.

### **Código penal de Rafael Orozco 1880**

El presidente de ese entonces es Tomás Guardia, la situación económica de Costa Rica es en ese entonces un poco más amplia, el presidente trata de hacer centros penitenciarios modernos en la capital, pero esto no se logra hasta otras administraciones, el gobierno es puesto por la oligarquía cafetalera, por medio de un golpe de Estado, este una vez en el poder produjo uno de los gobiernos más progresistas del país, en cuanto a la vida y la dignidad humana de manera democrática, el presidente Guardia toma como copia los códigos penales españoles y chileno y lo aplica a Costa Rica, suprime la pena de muerte, presente en el código de Carrillo, lo cual supone un gran avance en las garantías del derecho penal, quita la pena de obras públicas, la cadena perpetua, lo cual hace pensar que este código tiene un pensamiento más liberal, solo conserva los institutos de la vagancia y la mendicidad.

### **El código penal de Astúa Aguilar de 1924**

Durante el gobierno de Rafael Iglesias fue rechazado por un amplio sector de la población entre liberales y conservadores por considerarse que el código vigente cumplía con su cometido y no era necesario cambiarlo y porque tenía una serie de institutos que despertaban desconfianza entre el sector académico, este fue aprobado hasta la dictadura de los Tinoco, la vigencia de este código fue efímera ya que solo duró el tiempo del dictador en el poder, este fue promulgado luego en 1924 con importantes modificaciones, el profesor Astúa era positivista en filosofía, pero como penalista, tenía una tendencia político- criminal, lo que se podía aplicar en este código era la política criminal en relación con la imputabilidad con la peligrosidad, la individualización del caso por parte del Juez, que permite prescribir el remedio más eficiente para la persona delincuente, también se ven las penas resocializadoras, el presidio como forma de asegurar la defensa contra individuos peligrosos y tratar de readaptar a la sociedad.

Entonces se puede notar que en este código se aplican varios institutos de protección de garantías para las partes en el proceso que todavía no logran llegar a ser muy amplias.

### **El código penal de 1941**

La economía está más afianzada por las exportaciones de café al extranjero esto genera acumulación de capital, se desarrolla el comercio y el capital bancario y en un grado menor la industria.

Inicia la segunda guerra mundial, el gobierno seguía representando los intereses de la burguesía lo cual hacía que existiera una distinción de la clase social, se da una iniciativa de reformar la legislación penal del país. La redacción del proyecto estuvo completamente en manos del Lic. Enrique Guier Sáenz, se trata de hacer un texto acorde con la realidad nacional, aceptando los principios de la doctrina y se basa en el código de otros países hispanohablantes por la similitud de costumbres entre pueblos.

Tiene institutos como la retención del individuo por mala conducta, resistencia al trabajo, había una duración indefinida de las medidas de seguridad, no existía la libertad condicional o el beneficio de ejecución de la pena.

### **Código penal vigente 1970**

Diseñado por el Dr. Guillermo Padilla Castro, este fue una adaptación de dos fuentes, el código penal para Latinoamérica en lo que se refiere a la parte general, y el proyecto del código penal de Guatemala en su parte especial, al cual se le nota una marcada influencia de la doctrina Alemana, las figuras se enfocan en cuidar los bienes de las clases altas y media alta, así como los bienes del Estado y la Nación sobre este código se decía que no basta con fijar penas y aplicar sanciones, el fin último es proteger a la sociedad con lo que vemos que no se aplica tampoco un sistema de garantías, el fin es totalmente enfocado a la protección de la sociedad.

## **Evolución del sistema Procesal Penal en Costa Rica**

### **Sistema inquisitivo**

Este es un sistema donde el Juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas. Llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta donde están excluidos el derecho a la contradicción y el derecho a la defensa, esta procura una confesión del imputado como parte de la investigación, donde los juicios eran escritos y secretos.

Este sistema tiene sus bases en la Edad Media con un Derecho de corte religioso donde por medio de la pena se trata de exculpar a las personas de sus pecados, esto era realizado por las autoridades religiosas.

En este tipo de práctica prima los resultados más que los métodos por lo que la tortura y los tratos denigrantes eran utilizados para obtener elementos probatorios para condenar a los acusados sobre todo a la hora de someterlos para lograr una confesión.

Este poder era ostentado por los obispos y los monarcas, hasta que se produce la rebelión del pueblo inglés contra Juan sin tierra lo cual lo obliga a firmar la Carta Magna, la cual no es una Constitución, pero fue el inicio de la desconcentración del poder y de un debido proceso.

Este sistema viene a declinar con la entrada en el período de la Ilustración y con sociedades más educadas se exige tener un cambio en los sistemas judiciales.

### **Sistema acusatorio**

Es un método donde dos sujetos naturalmente iguales discuten en igualdad jurídica y esta es asegurada por un tercero imparcial que actúa con carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para al final dictar una sentencia fundamentada.

El proceso se desarrolla de manera adversarial, ambas partes exponen sus posiciones y argumentos y se someten al proceso en igualdad de condiciones, bajo la autoridad de un tercero que es imparcial ajeno al conflicto y que dirige el debate.

### **Características del sistema acusatorio**

#### **Separación de las figuras del acusador y el juzgador**

La función de la investigación y la decisión final no se concentran en una sola persona, si no que más bien son figuras independientes, la acusación corresponde al ofendido, pero nunca al juez que actúa solo como árbitro que conoce el Derecho.

En el debate la fiscalía y la defensa se enfrentan y asumen la carga probatoria la cual se sostiene por medio de argumentos de cada parte y estos elementos son llevados ante el juez sobre el cual recae resolver la disputa teniendo en cuenta los elementos de prueba aportados.

## **Comunidad de la prueba**

Cuando se ofrecen elementos probatorios no lo hacen de manera individual, sino más bien al proceso en general, es por esto por lo que la prueba puede ser utilizada por cualquiera de las partes, aun cuando sea el contrario el que la ofrece.

## **Instancia única**

El juzgador dentro del sistema acusatorio resuelve con los elementos que tiene a su disposición y que las partes ofrecen de manera oportuna, por lo tanto, continuar revisando la causa en instancias posteriores se considera contrario al principio de imparcialidad porque estaríamos beneficiando a una parte en un caso que ya está resuelto.

El uso de la prisión preventiva es excepcional dentro del sistema acusatorio, porque en este sistema prima la presunción de inocencia, solo se utiliza cuando peligra el mismo proceso y donde la libertad del acusado genere un peligro para el proceso, sea seguridad de la víctima, o peligro de fuga.

## **Principios del sistema acusatorio**

**Principio de contradicción:** es esencial en el proceso de corte acusatorio, en el cual se pretende que las partes se enfrenten en igualdad de condiciones ante un tercero imparcial.

Es el derecho fundamental a ser oído, el derecho a la audiencia, a que la petición sea resuelta luego de escuchar a la parte contraria, está en estrecha relación con el principio de igualdad y oralidad, porque es precisamente el poder contradecir el dicho de la otra parte.

## **Principio de concentración**

Es el que permite realizar en una sola audiencia o en muy pocas audiencias cercanas, los actos procesales fundamentales evitando que el juez olvide las impresiones adquiridas, o que se cambie el juez iniciando la causa.

Es la concentración de los actos que integran el debate, y esto asegura que la sentencia será dictada después de que se analiza la prueba que le da fundamento, la unidad relativa de tiempo permite la actuación simultánea de todos los sujetos procesales y una valoración integral de las probanzas, aleja la posibilidad de que el juzgador desvíe la atención en otro

sentido, lo que busca es resolver la mayor cantidad de controversias en la menor cantidad de actos.

### **Principio de igualdad**

Procura que el imputado no se vea indefenso ante la acción del poder punitivo del estado, esto permite enfrentar la acción estatal.

Permite a las partes intervenir en el proceso en condiciones de equidad en lo relativo a los derechos, oportunidades, medios de prueba y elementos de convicción.

La igualdad de armas no refiere solo a la posibilidad de argumentación de ambas partes por igual durante el debate si no al ejercicio de esta igualdad durante todo el proceso, un ejemplo de ello es la igualdad del acceso a la prueba y el derecho del imputado de ser asistido por un patrocinio letrado lo cual equipara en derecho a ambas partes.

### **Principio de oralidad**

Se refiere a la forma que tendrá la expresión de las partes durante el proceso, la cual será verbal y directa, según definición de Gabriela Dayanara Arias. “Análisis de los resabios del sistema inquisitivo en el código procesal penal de 1996. Universidad de Costa Rica, que precisa.

La forma natural de esclarecer la verdad, de reproducir lógicamente el hecho delictuoso, de apreciar la condición de las personas que suministran tales elementos, de proscribir cortapisas y limitaciones subjetivas que derivan del procedimiento escrito, de modo que el tribunal está obligado a fundar su decisión en las pruebas examinadas oralmente durante el debate, sin que pueda basarse en otros medios probatorios, salvo las excepciones expresadas en la ley.

Couture definió el principio de oralidad como “aquel que surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable”.

### **Principio de inmediación**

El principio de inmediación se ha definido como...” aquel que ordena que el tribunal de juicio perciba a través de sus sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información

que proviene de la fuente directa” de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba.

Gabriela Dayanara Arias, “Análisis de los resabios del sistema inquisitivo en el código procesal penal de 1996, Universidad de Costa Rica, 1996. Roxin cita “este principio tiene una doble dimensión la formal y la subjetiva que es identificada como percepción de los propios sentidos sin intermediarios y la dimensión objetiva o material de la fuente directa donde se encuentra la información acerca del hecho acaecido.

El principio de inmediación demanda la unicidad del juzgador ya que busca que la sentencia sea el resultado de la percepción y valoración de todas las pruebas incorporadas a lo largo del proceso.

### **Principio de imparcialidad**

Demanda objetividad por parte de las personas juzgadoras, es decir, que conozcan el proceso sin prejuicios, y que no se decanten por una u otra posición, sino hasta el dictado de la sentencia, luego de haber valorado todas las pruebas, para eso es imprescindible que el juez o jurado no haya tenido conocimiento previo de los hechos que se acusan, ni relación alguna con las partes.

La imparcialidad implica el respeto del principio de igualdad y al derecho de defensa, consiste en el hecho de que el juez no puede tomar parte, sino hasta el dictado de la sentencia, por lo que se procura que este no haya tenido conocimiento previo del asunto.

### **Principio de publicidad**

Es una garantía dentro del estado democrático que permite al pueblo el control y la vigilancia sobre los procesos judiciales.

Según indica Cesare Beccaria, “Tratado de los delitos y las penas” Ed Heliasta SRL. 2012 “había aconsejado la publicidad de los juicios y las pruebas de los delitos para que la opinión ponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga que no somos esclavos, sino defendidos, advirtiendo que el secreto es el escudo de la tiranía”.

### **Principio acusatorio**

Se quiere asegurar la imparcialidad de un órgano decisor mediante la obtención de la estructura tripartita semejante a la del proceso civil.

Se persigue asegurar al justiciable que gozara de una acusación que describa con la claridad necesaria los hechos que se le imputan, frente a la cual deberá ejercer su defensa y que será la base del juicio para un tribunal imparcial, cuyo quehacer es la actividad jurisdiccional.

### **Principio de única instancia**

El enjuiciamiento penal debe llevarse a cabo en una sola instancia sin perjuicio de la existencia de recursos, siempre que estos no impliquen un segundo enjuiciamiento Luis Paulino Mora Mora, “Sistemas procesales del Derecho Penal”. Centro de información jurídica. Colegio de abogados y Universidad de Costa Rica, señala lo siguiente:

La oralidad y el hecho de no existir otro ente acusador que revisara lo resuelto conlleva que la instancia única sea otra de las características propias del sistema, sobre la representación del pueblo que juzga, no existe otra instancia, además no resulta posible prever lo resuelto, pues la prueba y en algunos casos el pronunciamiento, no quedan asentados por escrito.

### **Aplicación del sistema acusatorio en el ordenamiento costarricense**

El sistema acusatorio puro no ha sido implantado en Costa Rica, sin embargo, a lo largo de nuestro sistema penal se ha regido por dos normas que han introducido elementos a éste, uno fue el código de procedimiento penal de 1973, que este instaura un sistema mixto, y el código procesal penal de 1996, que es marcadamente acusatorio.

Las normas anteriores a estos dos códigos son marcadamente inquisitorias, razón por la cual se tiene que hacer referencia al código de 1973 el cual marca el antes y el después del proceso costarricense.

Este código de 1973 se basa en el código procesal de Córdoba provincia de Argentina de 1940, instaura en Costa Rica un sistema mixto, con elementos predominantemente acusatorios, con instauración de un juicio oral y público, superando al código inquisitivo de 1910.

En 1990 comienza una humanización del sistema penal en Latinoamérica y de este modo comienza una reforma al código de procedimientos penales y se le trata de agregar aspectos positivos sobre la administración de justicia en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos (tanto de la víctima como del acusado).

De este modo se promulga el código de 1996 el cual empieza a regir a partir del 1 de enero de 1998, este código es marcadamente acusatorio y con él se regulan una serie de figuras y procedimientos especiales, como la revisión, la tramitación compleja, los procesos especiales, el proceso abreviado, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, da una mayor participación a la víctima y una mayor protección de los derechos del imputado y elimina la figura de juez de instrucción.

Por ejemplo, en el código de 1973 la prisión preventiva era de aplicación automática, para todos los casos mayores de tres años.

Con la creación de la sala constitucional con la reforma del artículo 10 de la constitución política en 1989, se empiezan a hacer interpretaciones importantes de la ley lo que genera cambios, y para el año 1992 se empieza a restringir la aplicación automática del instituto de la prisión preventiva como medida cautelar, como lo dice el Sala Constitucional. Voto 1739 del año 1992. “La prisión preventiva” de la siguiente manera:

“La delimitación de las competencias entre los diversos órganos que intervienen en la administración de justicia ha sido preocupación constante de la sala constitucional. Así en materia penal, se ha refrenado de intervenir en la valoración de la prueba, salvo cuando el error cometido por el tribunal común sea de tal gravedad que implique una denegación de la justicia o una clara violación de los derechos o libertades fundamentales”.

### **El sistema mixto**

Es una unión de los dos sistemas anteriores, sin embargo, no debe verse como una mezcla de los dos procedimientos inquisitivo y acusatorio, ya que rescata elementos de ambos y los destaca dentro de un sistema que se adecua mejor a las necesidades de los Estados modernos.

El sistema mixto vela por responder a las necesidades modernas teniendo en cuenta tanto la persecución de los delitos como también garantizar los derechos de las personas, es una ponderación de ideas de ambos sistemas, adecuando a las necesidades actuales.

El sistema mixto hace una división de delitos en dos grandes grupos acción pública y acción privada, con matices intermedios, se establece como función del Estado la acusación, en gran cantidad de casos, pero sin coartar la posibilidad de la denuncia ciudadana y haciendo una división entre acusador y juzgador.

Se trata de velar por la seguridad del ciudadano y establecer investigaciones que quebranten las normas de las sociedades, también pretende dar una serie de defensas a los acusados en caso de que se quebranten dichas normas, tengan elementos a los cuales recurrir para alegar su inocencia frente a dichas acusaciones.

El sistema mixto funciona como un regulador de las condiciones a las cuales era sometido el imputado a raíz de la implementación del sistema inquisitivo, nace como una necesidad de dar a los imputados una serie de elementos para que puedan ejercer su derecho de defensa a lo largo del proceso o sea, equilibra las normas del sistema inquisitivo y los trae a un sistema más justo, se ubica en tiempos de la revolución francesa, como base de una tenencia democrática de forma que es más liberal en contraposición al totalitarismo que existía en el sistema roma y más aún en la edad media.

### **Características del sistema mixto**

La separación de funciones separación entre el órgano acusador que es el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el órgano juzgador, las labores de recolección, formulación y acusación le corresponden al Ministerio Público, mientras que al Juez le corresponde participar como garante de que las labores se hagan conforme a derecho, y luego el resolver el caso con todos los elementos de prueba.

Fases del proceso: dos fases dentro del sistema ordinario la primera es la preparativa y se conoce como etapa sumaria, la segunda es la audiencia de juicio, estas dos etapas son un resabio de los sistemas anteriores.

La primera fase por tener elementos del sistema inquisitivo, por ser secreta, escrita y privada, la segunda presenta elementos del sistema acusatorio, como la oralidad, publicidad y la contradicción.

El sistema mixto no permite que el juez sea encargado de las diligencias de investigación si no que su trabajo recae en velar por el cumplimiento de las labores de la primera etapa sean conforme a la ley, pero sin involucrarse como una parte interesada en el proceso.

**Secreto y publicidad:** este secreto se mantiene en la primera etapa con la recolección de pruebas para formular la acusación, esto conforme al artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica:

“Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido un delito, y sin mandato escrito de un juez o autoridad autorizada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti, pero en todo caso debe ser puesto a la orden del juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas”.

### **Escritura y oralidad**

La parte escrita se ve reflejada en estudios investigativos y de recolección de pruebas que se hacen previamente y estos serán luego valorados por la audiencia, la parte oral se ve reflejada en la parte de juicio en donde se escucharán argumentos de las partes, así como recibir a testigos o peritos ofrecidos.

### **Prueba y sana crítica**

Se da una libre apreciación de la prueba, esto quiere decir, que aun si la prueba tiene una fe pública como documento ya sea notarial o registral esto no quiere decir que el juez no

tenga que darle un estudio y atención a esta prueba, en los cuales también se pueden presentar inconsistencias.

### **Sobre las fases del proceso penal en Costa Rica**

Como se amplió anteriormente, Costa Rica ha tenido tres tipos de aplicación de la normativa procesal penal, el primero con el Código de Carrillo de corte inquisitivo y con ninguna garantía procesal para las partes del proceso, luego el Código de procedimientos penales de 1973 que trae una línea tanto acusatoria como resabios del derecho inquisitivo ya que se guardaban muchas prácticas que se aplicaban en el código de 1910, pero con cambios a una visión más acusadora del proceso, donde ya se empiezan a visualizar practicas más garantistas para las partes del proceso, pero aun con institutos del antiguo código.

El sistema acusatorio se pone en práctica, en la reforma procesal penal de 1996 nos trae un sistema penal de corte más garantista para las partes, en especial los derechos del imputado por los cuales tiene un mayor respeto, esta revisión del tema se tiene que hacer un cuestionamiento, conforme a esta normativa de 1996, en la aplicación de sus institutos como sistema procesal acusatorio, “existe dentro de esta norma un resabio de corte inquisitivo que puede disminuir los derechos y las garantías de las partes dentro del proceso penal o se da un respeto amplio de los derechos y garantías del imputado y de las partes en su aplicación”.

### **Derechos del imputado dentro del Código Procesal Penal actual y principios**

Esta normativa procesal y los principios apoyan el sistema de tipo acusatorio actual que se practica en Costa Rica, el fin principal de este es dar una mayor protección a las partes, lo cual se desprende de los artículos del código procesal penal y los principios generales que se desprenden del mismo, esto con el fin de implementar la igualdad de los involucrados en el sistema y brindar más garantías como se puede ver a continuación:

**Artículo 1 ccp:** nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad si no es con arreglo a este código y con observancia estricta de las garantías, una regla de garantía a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

**Artículo 2 cpp:** se prohíben la analogía y la interpretación extensiva mientras no favorezcan la libertad del imputado.

**Artículo 3 cpp:** Juez natural: nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso por los mismos hechos.

**Artículo 9 cpp:** el imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme.

**Artículo 10 cpp:** las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación en relación con el imputado debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad.

**Artículo 11 ccp:** nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho.

**Artículo 12 ccp:** el imputado tendrá derecho de intervenir en los actos procesales que involucren elementos de prueba y formular las peticiones y observaciones que considere oportunas.

**Artículo 13 cpp:** defensa técnica desde el inicio de la persecución y hasta el final de la ejecución de sentencia el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

**Artículo 82 ccp:** derechos del imputado: la policía, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda harán saber al imputado de manera inmediata que tienen los siguientes derechos:

**A)** Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordenó.

**B)** Tener una comunicación inmediata con la persona o asociación a la que desee comunicar su captura.

**C)** Ser asistido desde el primer procedimiento del acto por el defensor que designe él o en su defecto por un defensor público.

**D)** Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal para ser informado de los hechos que se le imputan.

**E)** Abstenerse de declarar y de así hacerlo que su defensor esté presente en el momento y dé fe de su declaración.

**F)** No ser sometido a métodos que induzcan o alteren su voluntad o atenten contra su dignidad.

**G)** No se utilicen en su contra, medios que impidan su libre movimiento durante la realización del acto procesal sin perjuicio de las medidas de seguridad.

**Principio de igualdad procesal:** el tribunal deberá mantener la igualdad de las partes respetando el debido proceso e informando por igual a todas las partes de las actividades procesales de interés para no causar indefensión.

**Igualdad de armas:** establece que dentro de los procesos las partes deben estar ante el juez sin privilegio y desventajas con las mismas oportunidades de presentar elementos de prueba y utilizar las mismas herramientas para convencer al juzgador de la validez de sus pretensiones.

**Contradicción:** cada parte tiene el derecho irrestricto de ser oída respecto de lo afirmado en su contra como parte de su defensa.

**Legalidad de la prueba:** para que la prueba se incorpore al proceso, y para que pueda ser valorada debe cumplir con los requisitos legales ha de estar debida no solo a las ritualidades establecidas en la ley procedimental, sino debe cumplir con los requisitos del derecho sustancial.

**Derecho a la defensa:** es un derecho erga omnes exigible frente a todos tutelable y de aplicación inmediata.

**Derecho a ofrecer prueba de descargo;** derecho a ofrecer prueba que apoya a inocencia de la persona acusada por un delito y que ha de ser valorada por el juez.

**Acceso irrestricto a la prueba de descargo:** el imputado tiene todo el derecho de conocer la prueba que se presenta en su contra, y de tener libre acceso a la misma.

**Imparcialidad del juez:** el juez en su función de garante del derecho entra en igualdad a conocer y valorar la presentación del caso de ambas partes, lo que hace es generar una guía sobre el debido proceso en igualdad para las partes donde según la presentación de las pruebas este fundamenta su resolución.

**Indubio pro-reo:** ante la duda se resuelve en lo que más beneficie al imputado.

### **Artículos Constitucionales protectores de los derechos de los imputados**

**Artículo 39 cp:** a nadie se hará sufrir por pena, sino por delito cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejecutar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

**Artículo 40 cp:** nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación, toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula.

Sobre estos principios constitucionales de la protección de las garantías y el debido proceso del imputado, hace referencia Sala Constitucional. Resolución Numero 01759- 2000. Rodolfo piza Escalante, de la siguiente manera:

“El principio de inviolabilidad de la defensa tiene gran importancia también la garantía de la defensa técnica del imputado, como forma de equilibrar su posición frente al ministerio público. Constituye uno de los derechos esenciales del imputado desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, e implica contar con la asistencia técnica de un abogado defensor, escogido por el mismo o en su defecto, un defensor público asignado por el estado. En efecto, el derecho de asistencia técnica letrada constituye uno de los elementos integradores del derecho de defensa, de los imputados, pues el defensor es el responsable de velar por el cumplimiento de todas las garantías previstas en el ordenamiento, en beneficio del imputado”.

También nos hace referencia a la sentencia de Sala Constitucional sobre el debido proceso y los derechos del imputado, en la siguiente consulta de constitucionalidad número 01739- 92 Rodolfo Piza Escalante, de la siguiente manera:

“Es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que deba someterse a un proceso. Es pues deber del ministerio

público, aun inicialmente, y después, de este este, y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa, y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara clasificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación, y concreta pretensión punitiva. Y no se menciona el supuesto de los llamados procesos de citación directa, porque este problema no está involucrado en a consulta que nos ocupa, y obligaría a la sala a considerar la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales del ministerio público, que han sido descargadas en un órgano administrativo no jurisdiccional lo cual puede ser una violación de los principios de exclusividad de la jurisdicción a que nos hemos referido”.

### **Convención Americana de Derechos Humanos y el debido proceso legal**

El derecho al debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Por ello el debido proceso o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Derecho de defensa procesal” es una garantía que debe estar presente en todos los procesos, no solo en aquellos de orden penal.

El debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes, dentro de un marco mínimo a la dignidad humana, dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza con reglas preestablecidas, cuyo resultado será dictado en sentencia, con la finalidad de declarar el derecho material aplicable en cada caso.

Es lógico que al ser el proceso penal donde el medio por el cual se investigan los hechos delictivos, que para garantizar el resultado de este y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el derecho a la libertad a partir del principio de presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos, en los que por su naturaleza no les serían aplicables.

El tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le da al debido proceso, está contemplado en los artículos 8, el cual se relaciona con los incisos 2, 3, 4, 5, 6, del artículo 7.5, el artículo 9.6 el artículo 10.7, el artículo 24.8, artículo 25.9, y el 27.10 todos de la Convención Americana.

La Convención Americana desarrolla principios del debido proceso, que son directamente relacionados con los procesos penales, actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garantismo proteccionista” del ciudadano al poder casi ilimitado del Estado que realiza la función de investigar los actos, que afectan la convivencia social.

Es por esto, que se necesita un correcto equilibrio entre el ciudadano y el estado donde las garantías procesales adquieren sentido, para evitar arbitrariedad, e inseguridad que provocaría en la sociedad la carencia de reglas en la investigación policial y judicial, en la que queden de lado los intereses del individuo, para proteger la averiguación de la verdad y la administración de justicia.

Una de las críticas más actuales que se hace sobre la protección de las garantías del imputado, queda de manifiesto en el malestar que dichos derechos y el abuso de estos para obtener nulidades, o atrasos en el proceso y como afecta esto los derechos de las víctimas del delito, dado que actualmente las víctimas y testigos juegan un papel pasivo dentro del proceso penal, y que muchas veces esto obliga a una victimización secundaria, a los que sufren las consecuencias de un delito.

La gran disyuntiva es mantener un equilibrio entre la libertad individual, el interés general y los derechos de las víctimas.

Esto se logra con el sistema acusatorio donde todas las partes pueden intervenir en el proceso, no solo el imputado si no las partes afectadas en el ilícito que se investiga, esto no se desarrolló de manera eficiente en la Convención Americana, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, situación que debe ser revisada para buscar un equilibrio con los derechos de las víctimas y los testigos del proceso.

Se requiere que la legislación de los Estados les dé una participación más activa a las víctimas de los delitos, dentro del proceso penal, tomando en cuenta que se ha formado una

nueva disciplina de corte sociológico que se llama la victimología, cuyo estudio se centra en las víctimas de los delitos.

### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**Artículo 1.** los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar, su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación.

**Artículo 2.** si los ejercicios de los derechos y las libertades antes mencionados no estuvieren contemplados por disposiciones legislativas, los Estados parte se comprometen a adoptar con base en sus normativas constitucionales y las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas para aplicar estos derechos y libertades.

**Artículo 5.2.** nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, toda persona privada de libertad debe ser tratada con respeto

**5.3** la pena no puede trascender del delincuente

**5.4** los procesados deben ser separados de los condenados, y ser sometidos a un trato adecuado de persona no condenada

**5.6** la pena privativa de libertad tendrá como fin la reforma y readaptación de los condenados

**Artículo 6:** prohibición de la esclavitud y la servidumbre

**6.1** nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre o la trata de esclavos y la trata de mujeres está prohibida

**6.2** nadie podrá ser constreñido a realizar trabajo forzoso u obligatorio

**Artículo 7** derecho a la libertad personal

**7.4** toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada de los cargos que se le formulan

**7.5** toda persona detenida debe ser llevada ante un juez, sin demora y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable de tiempo

## **Artículo 8** sobre las garantías judiciales

**8.1** toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez y un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

**8.2** toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

**A)** derecho del inculpado a ser asistido por interprete o traductor si no habla el idioma del tribunal

**B)** comunicación previa y detallada de la acusación formulada

**C)** concesión al inculpado del tiempo y medios necesarios para ejercer su defensa

**D)** derecho del inculpado de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección

**E)** Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna

**F)** derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener comparecencia como testigos y peritos, de otras personas que puedan dar luz sobre los hechos

**G)** derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o declararse culpable

**H)** derecho de recurrir el fallo del juez ante un tribunal superior

**8.3** la confesión del inculpado solo es válida si fue hecha sin ningún tipo de coacción

**8.4** el inculpado absuelto por sentencia firme, no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos

**8.5** el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia

## **Garantías y protección de víctimas y testigos en el proceso penal**

Luego de hacer un análisis extenso del derecho penal y procesal penal y al mismo tiempo de la normativa tanto nacional como internacional en materia de derechos humanos que se ocupa de las garantías del imputado como parte en el proceso, es momento de hacer un repaso de la normativa, doctrina y jurisprudencia, que estudian la protección que se les da a las víctimas y a los testigos dentro del proceso cuáles son sus alcances y limitaciones, las diferentes posiciones de la doctrina nacional y extranjera sobre la protección de los testigos, la ley de protección de víctimas y testigos, los análisis de jurisprudencia de sala constitucional y sala tercera, y las protecciones que se pueden aplicar tanto dentro como fuera del proceso.

### **Normativa procesal penal de protección de víctimas**

#### **Artículo 71 ccp, la víctima tendrá los siguientes derechos**

**A)** a recibir un trato digno que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o

**B)** a que consideren sus necesidades especiales, como las limitaciones físicas, sensoriales o mentales, así como diferencias sociales, culturales o étnicas

**C)** a ser informada en el primer contacto con las autoridades de sus derechos y facultades

**D)** a señalar lugar donde se le comuniquen decisiones

**E)** a ser informada de resoluciones finales o cambios y modificaciones en las medidas cautelares

**F)** a solicitar y obtener protección especial

**G)** a ser informada de su participación en determinados exámenes y pericias

**H)** a ser informada por el fiscal a cargo del caso de la decisión de no recurrir la sentencia absolutoria o modificación de medidas cautelares, cuando exista un riesgo sobre la vida

**I)** derecho a ser informada de la posibilidad de resolver el caso mediante el procedimiento de justicia restaurativa

## **Inciso 2** Derechos de protección y asistencia a las víctimas

### **Protección extraprocetal de la víctima**

La víctima tendrá derecho a solicitar protección especial en caso de riesgos o amenazas graves para su vida o integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal de juicio, que conozcan de la causa adoptarán las medidas necesarias para que se brinde esta protección. La víctima será escuchada en todo el procedimiento. La oficina de protección a la víctima coordinará la protección de todas las víctimas y sustentará las medidas de protección.

### **Protección procesal de la víctima**

Cuando su conocimiento signifique un riesgo para la integridad física suya o la de su familia, con motivo de denuncia o intervención en el proceso, la víctima tendrá derecho a que se guarden sus derechos de información, como nombre, número de cédula, domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo, y que no consten en la documentación del proceso, además en caso excepcionales, señalados en el artículo 204 bis, del cpp, tendrá derecho a mantener secretas sus características físicas, cuando por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado, u otras personas relacionadas con él, sin perjuicio del derecho de defensa, para asegurar su testimonio y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos como la videoconferencia, que haga efectiva la protección acordada.

### **Derechos procesales de la víctima**

**A)** La víctima tiene derecho a denunciar por sí misma o por un tercero a quien haya autorizado o por mandatario, los hechos cometidos en su perjuicio

**B)** la víctima ofendida por el hecho tiene derecho de ser escuchada en juicio, aun si el Ministerio Público no la ofreciere como testigo

**C)** puede apelar el sobreseimiento definitivo, en etapa preparatoria, intermedia y de juicio, así como la desestimación

**D)** cuando el Ministerio Público le comunique su decisión de no impugnar la sentencia absolutoria, el cese o la modificación de las medidas cautelares adoptadas por la

existencia de un riesgo para su vida o integridad física, y la víctima no esté conforme tendrá el derecho de recurrir tales decisiones

**E)** a ser convocada a la audiencia preliminar en todos los casos siempre que haya señalado un domicilio, y a que se considere su criterio cuando se conozca la aplicación de un proceso abreviado, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, y el criterio de oportunidad

**F)** a ejercer la acción civil resarcitoria, a plantar querrela en los delitos de acción privada

**G)** a que el Ministerio Público le comunique su decisión de acusar o solicitar el sobreseimiento definitivo o el criterio de oportunidad, cuando se solicite la prisión preventiva o por la existencia de riesgos y amenazas a la vida o la integridad física de la víctima, tendrá derecho a ser escuchado por el juez, siempre que haya señalado un domicilio para notificaciones

**I)** a acudir al juez de la etapa preparatoria, a señalar los errores las omisiones o los retrasos, que estime han ocurrido en la investigación de los hechos en su perjuicio

**J)** a que le sean devueltos en la mayor brevedad posible, aun en calidad de depósito provisional, todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados

## **Normativa procesal penal sobre testigos y su protección**

### **Artículo 204 cpp el deber de testificar**

Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, así mismo no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para alorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El testigo no estará en obligación de declarar sobre hechos que puedan depararle responsabilidad penal.

### **Protección extraprocesal del testigo**

Si con motivo del conocimiento de los hechos que se investigan y de su obligación de testificar la vida o la integridad física del testigo se encuentran en riesgo, tendrá derecho

a requerir protección especial. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal que conozcan de la causa adoptarán las medidas necesarias con el fin de brindar la protección que se requiera, la oficina de atención a la víctima será la encargada de realizar la protección requerida.

### **Protección procesal del testigo**

Cuando por las características del hecho, los datos de identificación del testigo, como su nombre, cédula, dirección, trabajo o números telefónicos, no sean conocidos por el imputado ni por las partes y su efectivo conocimiento representa un riesgo para la vida o integridad física del declarante, el ministerio público, la defensa o el querellante, podrán solicitarle a juez, durante la fase de investigación que se ordene la reserva de esos datos.

El juez autorizara dicha reserva en resolución debidamente motivada, esta información constará en el legajo especial y privado, que maneja el juez de la etapa preparatoria e intermedia, para proteger al testigo podrán usarse nombres ficticios o seudónimos.

Cuando el riesgo para la integridad física del testigo no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de datos de identificación, y se trate de investigación de delincuencia organizada el juez o el tribunal podrán ordenar mediante resolución, las reservas de las características físicas del individuo, mediante resolución debidamente fundamentada, a fin de que durante la etapa de investigación esta no pueda ser conocida por las partes, cuando se declare el juez puede ordenar el anticipo jurisdiccional de prueba de acuerdo al artículo 293 cpp.

La reserva de la identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia.

### **Artículo 204 bis cpp medidas de protección procedimiento:**

#### **Procedimiento de protección del testigo**

Para lograr la protección a la que se refiere el artículo 204 del código procesal penal, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitan las medidas de reserva de identidad o de protección de las características físicas individualizantes del testigo, al juez de la etapa preparatoria o intermedia según la fase en la que el riesgo se encuentre presente, la

solicitud se acompaña de prueba que sustente la existencia del riesgo así como la necesidad de protección, para tal efecto se podrá tener un informe de la oficina de atención de víctimas del Ministerio Público, en el cual se documenta el tipo de riesgo.

El juez convoca al Ministerio Público, al querellante y a la defensa, a una audiencia oral en la que se expondrá la petición y las objeciones que se tengan concluida esta audiencia el juez deberá de resolver de inmediato, pudiendo diferir la resolución hasta por 48 horas a fin de requerir los informes, no se pueden revelar la identidad de las personas cuya protección se ha solicitado y está en trámite.

En casos urgentes se puede reservar la identidad de los testigos con carácter provisional y no puede exceder 62 horas, plazo en que se convoca a la audiencia y se resuelve lo pertinente.

### **Contenido de la resolución judicial para la protección de testigos**

La resolución que acuerde la protección procesal de testigos deberá ser debidamente fundamentada y contendrá la importancia del riesgo y el tipo de protección, así como el alcance y fundamentos de la decisión y duración de la medida.

En casos en que se tenga que reservar la identidad, el juez debe consignar un breve resumen del conocimiento de los hechos que tenga el testigo, para posibilitar el derecho de defensa de las partes. Todo se realizará en un legajo separado y la custodia corresponderá al juez.

Si se acuerda además la reserva de la identidad física del testigo en la misma resolución se ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de prueba de este testimonio y se convocará a las partes para su realización.

### **Recursos para la protección de testigos**

La decisión que acuerde o deniegue la protección será apelable por el Ministerio Público, el querellante, la víctima, y la defensa. La apelación no suspenderá las medidas acordadas.

Si se deniega la protección de las características físicas, pero se mantiene la reserva de la identidad el testigo comparecerá hasta el debate, salvo que se necesite su presencia en alguna diligencia.

### **Artículo 210 cpp aprehensión inmediata**

El tribunal podrá ordenar la aprehensión de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte o que se fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de 24 horas.

El Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del testigo por un plazo máximo de 6 horas para gestionar la orden judicial.

### **Artículo 211 cpp forma de declaración**

Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su cumplimiento, presentará juramento y será interrogado, sobre su nombre, apellido, estado civil, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y el interés con las partes.

Si el testigo teme por su vida puede autorizarse el no indicar públicamente su domicilio, pero el testigo no podrá ocultar su identidad eximirá de comparecer en juicio.

### **Artículo 351 testigos**

Antes de declarar los testigos no se comunicarán entre sí, tampoco deberán ver oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia. Después de declarar quien presida podrá ordenar que continúen incomunicados en la antesala que presencien la audiencia o se retiren.

No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, el tribunal apreciará esta circunstancia para valorar la prueba.

En igual forma para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones, y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario la reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.

### **Artículo 353 incomparecencia**

Cuando el perito o testigo oportunamente citado, no haya comparecido quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

Si el testigo no pudo ser localizado, para su conducción por la fuerza pública el juicio continuará con la prescindencia de esa prueba.

#### **Artículo 319 cpp sobre la audiencia preliminar**

Finalizada la audiencia el tribunal resolverá inmediatamente y de forma oral las cuestiones planteadas.

El tribunal analizará la procedencia de la acusación o la querrela, con el fin de determinar si existe base para juicio o si corresponde desestimar parcial o totalmente o sobreseer al imputado.

En esta misma oportunidad el tribunal deberá examinar la procedencia, ratificación o revocación o sustitución de las medidas cautelares. A la vez se pronunciará sobre la solicitud de la protección de víctimas y testigos o sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de estas medidas acordadas.

#### **Artículo 324 cpp preparación del juicio**

Dentro de las 48 horas siguientes al recibo de las diligencias, se fijará el día y la hora del juicio, el que no se realizará antes de cinco días ni después de un mes.

Cuando se haya dispuesto la celebración del debate en dos fases, el tribunal fijará la fecha para la primera. Al pronunciarse sobre la culpabilidad, deberá fijar, si es necesario, la fecha para la segunda audiencia, la cual deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes.

Cuando se haya admitido para juicio testigos que se encuentren protegidos procesalmente, el tribunal adoptará las medidas necesarias para garantizar la recepción de su testimonio en la forma acordada para disponer de su protección, para ello podrá disponer que la audiencia se realice en forma privada, o que se utilicen los medios tecnológicos necesarios, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resolverse sobre el tema en el curso del debate, sin perjuicio que se prescinda de su recepción y se incorpore el anticipo jurisdiccional de prueba, cuando el riesgo para la vida o la integridad física del declarante no haya disminuido, o se vea aumentado con motivo del juicio en los términos del inciso a) del artículo 334 de este código.

#### **Artículo 304 cpp Ofrecimiento de prueba para el juicio**

Al ofrecerse la prueba, se presentará la lista de testigos y peritos, con la indicación del nombre, la profesión y el domicilio. Se presentarán también los documentos o se señalará

el lugar donde se hallen, para que el tribunal los requiera. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o las circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.

En esta misma oportunidad el Ministerio Público o el querellante le solicitará al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima, según el caso, o bien, que se continúe con la protección ya acordada, hasta la sentencia firme. En caso que se trate de la primera solicitud, se acompañará el informe mencionado en el artículo 204 bis de este código y, en la audiencia preliminar, se escuchará a las partes sobre el tema. la decisión se adoptará y se mantendrá en legajo separado.

El fiscal a cargo del caso será el encargado de citar al testigo o a la víctima objeto de protección procesal, para ello podrá, coordinar lo pertinente con la oficina de atención a la víctima del delito del Ministerio Público.

### **Ley de protección de víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al código procesal penal y código penal, número 8720.**

Como se mencionó anteriormente, el proceso penal, tiene un desarrollo en el cual sus institutos van evolucionando de manera gradual, pero aún con la aplicación de los principios del proceso penal y los institutos de derechos humanos, no implica que se respeten las garantías procesales de las partes involucradas en el proceso.

Como se puede ver, el desarrollo de los sistemas procesales penales han sido muy amplios en respetar las garantías de imputado en su evolución, y esto es de suma importancia porque antes de la aparición de los Derechos Humanos se le daba al imputado un trato poco humano y el mínimo respeto a su calidad de persona, con los años esta práctica dentro del derecho penal se hizo más latente, tomando en cuenta los tratados internacionales aprobados y firmados por los países y los órganos internos vigilantes de la Constitución, hacen que la protección del imputado tengo un corte más amplio y garantista.

Son muy variados los institutos que vigilan los derechos del imputado, el mejor ejemplo es el indubio pro reo, todos en su mayoría de corte altamente garantista.

Tenemos que comprender dentro del ámbito jurisdiccional y sobre todo del derecho penal que es importante la igualdad de las partes, pero vemos como esto presenta un gran

signo de pregunta que llega de manera preocupante hasta nuestros días, que pasa con la creciente criminalidad en los países Latinoamericanos, asociados a los problemas de narcotráfico, sicariato, extorsión y crimen organizado, que lejos de disminuir la problemática económica social de pobreza, de los países latinoamericanos, tiende a crecer en lugar de tener una marcada disminución.

En este punto el derecho penal reconoce tras una larga historia de desarrollo garantista de los derechos del imputado, de la mano con el derecho internacional y constitucional, que hay una marcada posibilidad de que todas las partes dentro del proceso penal no están siendo cubiertas de la misma manera y que existe un desbalance, que puede poner en peligro los intereses personales de los testigos y las víctimas, sobre todo su integridad física y el bien jurídico tutelado más importante que es la vida.

Es así como las autoridades deciden darle un trato más justo y en una balanza acorde con las nuevas realidades de los países de Latinoamérica, con el fin de proteger y cubrir la integridad a las víctimas y testigos dentro de proceso penal, conscientes de que este riesgo aumenta y cada día está en aumento su presencia, en la resolución de los procesos penales.

Es en este contexto que la normativa para la protección de víctimas y testigos en el código procesal, se considera insuficiente y se trata de darle una mayor amplitud, al mismo tiempo apuntar a las autoridades encargados de dar esta protección asociada al Gobierno, el financiamiento que se debe dar a las instituciones encargadas y los alcances de una nueva regulación especial, es así como nace la ley de protección de víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, ley número 8720 del 22 de abril del 2009.

Sobre esta ley se trata de ver sus alcances, como protege a la víctimas y testigos tanto sus deberes como derechos, instituciones gubernamentales involucradas, así como el presupuesto asignado para sus funciones, y la controversia que surge en particular con la implementación de uno de los institutos presentes dentro de su regulación como lo sería el testigo sin rostro.

Como se puede leer en el artículo 1 de la ley de protección de víctimas y testigos 8720, dice que “El fin primordial de esta ley es la protección de víctimas y testigos y demás

sujetos intervinientes, lo cual hace esta protección extensiva u otros intervinientes como serían los peritos, luego nos habla de regular las medidas extraprocerales”.

Como podemos ver estas medidas extraprocerales a diferencia de las procesales, tienen como fin la protección de estos sujetos mientras se lleva a cabo el proceso, podemos nombrar el que a la persona se le dé una protección abandonando el país, dándole una casa segura, o si se le puede brindar protección en los traslados cuando tiene que hacerse presente en el proceso, estas medidas se numeraran más adelante.

Entonces se puede ver que en esta norma dice que el Estado se tiene que hacer cargo de los alcances de la protección de los testigos dentro del proceso, como fuera del proceso cuando se pongan en riesgo la integridad física y de los demás miembros de su núcleo familiar.

Es importante hacer mención del artículo 2 de la ley de protección de víctimas y testigos en su inciso, el cual nos dice...

**A) Principio de protección:** considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley.

Este artículo es de suma importancia porque pone de manifiesto un principio fundamental, en orden de los derechos de las partes intervinientes en el proceso, tanto del imputado como de las víctimas y los testigos.

En el derecho los garantistas abogan por el debido proceso y hacen todo un desarrollo constitucional de cómo se utilizan y su respeto dentro el proceso penal que al mismo tiempo está cubierto por un sinfín de derechos para el imputado.

Esta ley especial hace un reconocimiento importante, que se le debe respetar sus derechos e integridad tanto a las víctimas y testigos señalando que puede existir un alto grado de peligrosidad, y de mayor manera cuando hablamos de crímenes relacionados al narcotráfico.

Y nos referimos al respeto del derecho a la vida puntualmente de las víctimas y los testigos, al inicio de esta ley nos desarrolla este principio y cómo podemos ver es de orden

constitucional supremo, como reza la constitución la vida es inviolable, y esta ley especial que amplía los derechos de las víctimas y testigos hace un reconocimiento que hay una peligrosidad que aumenta y sobre todo en criminalidad de alto impacto el riesgo y la peligrosidad de formar parte de un proceso penal en la actualidad, por esto la necesidad de cubrir a las partes más vulnerables dentro del proceso.

Otro principio importante en esta ley especial 8720 de protección de víctimas y testigos, es el principio de proporcionalidad y este en el inciso b del artículo 2 nos dice...

**b) Principio de proporcionalidad y necesidad:** las medidas de protección responderán al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria, y solo podrán ser aplicadas en cuanto sean necesarias para garantizar su seguridad o reducir los riesgos existentes.

Menciona que esta ley se aplicará según el principio de la proporción del riesgo que se pueda percibir en el proceso que tiene que transcurrir la persona involucrada en él, al tener que tomarse esta medidas se puede hacer por parte del fiscal el querellante, ante el juez de la etapa preliminar, cuando se considera que la peligrosidad del proceso significa un riesgo para la vida del sujeto involucrado, el juez tiene el deber de valorar estos peligros, haciendo un reconocimiento que los sujetos involucrados como imputados dentro del proceso penal significan por su naturaleza de una vida dedicada al delito, que la víctima y los testigos llamados a formar parte necesitan protección, es por tanto que esta ley que se promulga para hacer más específicas o ampliar la normativa ya presente reconoce que hay una peligrosidad y un aumento de este riesgo dentro de estos individuos que se involucran en crímenes de manera que el juez tiene que reconocerlos y a su vez valorar este peligro.

Es importante mencionar del mismo modo el inciso b del artículo 3 de esta normativa especial ley 8720 de protección de víctimas y testigos que nos dice lo siguiente...

**c) Programa de protección:** conjunto de operaciones realizadas por el Poder Judicial por medio de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, con el fin de garantizar la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la persona bajo protección.

Como se puede ver, las acciones que están dirigidas a la protección de víctimas, testigos y los otros sujetos que intervienen en el proceso, recaen en las actuaciones del Estado por medio del poder judicial oficina de atención a las víctimas, como podemos ver el Estado es el garante de esta protección y sobre él recae la responsabilidad de asegurar esta protección a los involucrados, cuando esto represente un peligro, o un riesgo para su integridad personal.

Del mismo modo tenemos que saber qué el Estado es garante de la protección de las víctimas y testigos dentro del proceso penal, en mayor medida cuando este involucra delitos de alto impacto o cuando la valoración del tribunal y la petición de las personas involucradas en el programa de protección de víctimas y testigos así lo determinen.

Este deber de garante, no significa la menor responsabilidad del testigo o la víctima involucrada en el proceso llamada a formar parte de este por la autoridad es por esto que las víctimas y testigos tiene deberes y derechos que se deben de seguir y cumplir, para que se pueda aplicar esta normativa especial, esto quiere decir que es un trabajo conjunto, no todo el peso de esta responsabilidad cae sobre el Estado como garante de la seguridad, y de este modo podemos citar estos deberes y derechos de las víctimas y testigos según el artículo 9 de la ley de protección de víctimas y testigos:

Además de los derechos establecidos en la legislación procesal penal e internacional, toda persona bajo protección tendrá los derechos siguientes:

**a)** A recibir, en forma gratuita, asistencia psicológica, psiquiátrica, jurídica, social o médica, cuando sea necesario.

**b)** A que se le gestione una ocupación laboral estable o una contraprestación económica razonable, cuando la medida de protección otorgada implique la separación de su actividad laboral anterior.

**c)** A tener un seguro por riesgo, durante el proceso, en caso de lesión o muerte, a cargo del Programa de protección de víctimas y testigos, cuando este Programa tenga recursos disponibles.

**d)** A tener a su disposición, en el tribunal donde se esté ventilando el proceso judicial contra el responsable del delito, un área que esté separada del imputado.

**e)** A que se faciliten la salida del país y la residencia en el extranjero, cuando resulte necesario para proteger su vida o su integridad física, como persona protegida.

**f)** A que no se capten y/o se transmitan imágenes de su persona ni de sus familiares, que permitan su identificación como víctima, testigo o sujeto interviniente en el caso por el cual se le protege.

**g)** A que se mantenga la confidencialidad de la información sobre su dirección y sus números telefónicos, cuando así lo estime necesario para su seguridad personal y la de sus familiares, así como el privilegio de la comunicación que tenga con su consejero legal, psicólogo o médico.

**h)** A ser escuchada, antes del otorgamiento, la modificación o la supresión de la medida de protección que se le haya conferido.

**I)** A solicitar el cese de las medidas o a rechazar su aplicación.

Es importante hacer notar en el inciso c del artículo 9 de la ley de protección de víctimas y testigos, esta hace referencia a que toda persona bajo protección puede tener derecho a un seguro en caso de lesión o muerte, pero en la última parte de este artículo nos dice de manera categórica, cuando el programa cuente con los medios para ofrecer este beneficio a la persona protegida, esto nos quiere decir, que aun cuando el estado está llamado a proteger un principio fundamental como lo es la vida, y que dentro de los presupuestos de los casos que llevan un alto riesgo para las personas involucradas si es este no cuenta con los medios necesarios dispuestos por el estado este no se hace responsable por la lesión o la muerte de la persona involucrada en este proceso.

Lo cual significa que la función de llegar a la reproducción de una justicia pronta y cumplida y una resolución satisfactoria de un conflicto penal de alto impacto recae sobre las víctimas y los testigos, pero si el riesgo sobre su integridad física se llega a materializar, si el estado no cuenta con los medios económicos necesarios no tiene que hacerle frente a esta disminución de la capacidad o la pérdida de la vida humana.

Sobre el artículo 11 de este cuerpo normativo especial sobre la protección de víctimas y testigos en el proceso, es el que da origen a las protecciones extraprocesales e intraprocesales de aplicación a los testigos, también las procesales se regulan en el código

procesal penal, hace introducción del artículo 204 bis, que reitera la protección procesal para el testigo dentro de las dos primeras fases del proceso penal excluyendo la fase de juicio.

El artículo 11 de la ley 8720 nos trae a discutir una figura dentro del derecho penal nacional como internacional muy controvertido, por el cual que se han generado ideas y teorías encontradas, estamos hablando de la figura del testigo sin rostro, por su relación con la protección del testigo y la unificación de criterio por parte de la sala constitucional de las normas que si lo permiten en fase de juicio y las que lo prohíben.

El artículo 11 de esta ley nos dice de manera más específica como se actúa al momento de aplicar las protecciones remitiendo al 204 bis cpp, que pueden ser de dos tipos, tanto procesal como extraprocésal de la siguiente manera:

Las medidas de protección pueden ser procesales o extraprocésales. Las medidas procesales se regularán en el Código Procesal Penal y las extraprocésales, en esta Ley. Se entenderá que se brinda:

**a) Protección procesal:** cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles, como la videoconferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección acordada, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

**b) Protección extraprocésal:** la víctima, los testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, tendrán derecho a solicitar y a obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves contra su vida o su integridad física, la de sus familiares u otras personas relacionadas con el interviniente en el proceso, con motivo de su denuncia o su

intervención en el proceso. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal de juicio que conozcan de la causa, adoptarán las medidas necesarias para que se brinde esta protección, en los términos y según el procedimiento establecido en esta Ley y su Reglamento. La víctima será escuchada en todo procedimiento en que se pretenda brindarle protección. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, coordinará con todas las fiscalías del país la protección de las víctimas y, previo requerimiento del fiscal canalizará, por su medio, la información necesaria para sustentar las medidas de protección o las solicitudes de medidas cautelares, según el artículo 239 del Código Procesal Penal.

En esta normativa número 8720 que se pone en vigencia en el 2009, hace referencia específica a las protecciones procesales y luego a las extraprocesales, en la primera de protección procesal dice de manera textual, cuando se presente un riesgo para la vida o la integridad física de la persona protegida, con motivo de su intervención en el proceso, la víctima o testigo tiene derecho a que se reserven sus datos y sus características físicas, es en este punto en el que no se define el alcance de esta norma, si es de aplicación para todo el proceso o está limitado a las dos primeras etapas.

Nos dice que en casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del cpp, tendrá derecho a la reserva de sus características físicas individualizantes, cuando por la naturaleza del acto estas no sean conocidas por el imputado ni las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa, para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, pero no aplica para la fase de juicio.

De esta manera la ley 8720 en su artículo 11 nos hace una introducción a las protecciones procesales y extraprocesales del testigo y dentro de las protecciones procesales introduce el artículo 204 bis cpp el cual se refiere a la forma de protección del testigo dentro del proceso, pero cuando hace referencia a la protección de las características físicas no deja claro su alcance.

204 bis cpp lo que genera es la protección para el testigo dentro del proceso, pero del mismo modo se limita a las dos primeras etapas del proceso.

El 204 cpp lo que aplica es la obligatoriedad del testigo de presentarse en el juicio y rendir su testimonio limitando esta protección a las primeras etapas del proceso penal, por lo

que el 204 bis cpp lo que hace es reiterar esta limitación de la protección a las dos primeras etapas dentro del proceso y al mismo tiempo introduce el anticipo jurisdiccional de prueba para la figura del testigo protegido.

El artículo 204 en su último párrafo nos dice que la identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia del proceso penal, esto quiere decir que al testigo se le puede brindar una protección dentro del proceso solo durante la fase de investigación del proceso y durante la audiencia preliminar, si el caso se eleva a la audiencia oral y publica, la protección de los testigos no alcanza a proteger al testigo para esta etapa de juicio.

### **Sobre el testigo sin rostro y el anticipo jurisdiccional de prueba**

#### **Artículo 293 del código procesal penal**

Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo, e irreproducible, que afecte los derechos fundamentales, o cuando deba recibirse una declaración que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio, o bien por cuanto la complejidad del asunto, exista la probabilidad de que el testigo olvide las circunstancias esenciales sobre lo que se conoce, o cuando se trate de personas que deben abandonar el país el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir que el juez realice o reciba el anticipo jurisdiccional de prueba.

Cuando se trate de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida, o integridad física, corran riesgo, con motivo de la participación en el proceso, y se presuma que su declaración no será posible en juicio, pues el riesgo no se reducirá o podría aumentar, el ministerio público, el querellante o la defensa, solicitaran al juez que se ordene la recepción anticipada de su testimonio, cuando corra un riesgo para su integridad física o su vida se podrá hacer testimonio de forma anticipada.

Cuando la identidad de la víctima o testigo se encuentre protegida, se recibirá el anticipo, manteniendo las reservas de sus datos de identificación y con el auxilio de los medios tecnológicos, o de cámaras especiales que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez.

Sobre el anticipo jurisdiccional de prueba es importante apuntar que se da en casos excepcionales, cuando por circunstancias propias del testigo, se tiene una certeza de que este no va a poder hacer una descarga de la prueba en el contradictorio.

Se pueden mencionar casos en los que el testigo tienen que abandonar el país por diferentes circunstancias o cuando el testigo es un paciente con una enfermedad, sobre la cual no se tiene certeza de si este podrá alcanzar el asistir a la audiencia de juicio, o si padece de una enfermedad degenerativa por lo cual existe la posibilidad que, al momento de presentar la prueba en el juicio, este se vea incapacitado para recordar los detalles del incidente en el cual ocurrió el delito.

Esto hace necesario que se haga un anticipo jurisdiccional de prueba, en el caso de los testigos protegidos, lo que se maneja es la posibilidad de que por una amenaza o riesgo físico o a la vida del testigo, den la posibilidad que algo llegue a suceder y este no pueda llegar al descargo de esta prueba en el juicio oral y público, por lo que no se descartó la posibilidad de hacer una práctica de prueba anticipada, en caso de que un incidente de este tipo en un caso de alta peligrosidad suceda, que suceda una desaparición del testigo y el proceso no se pueda continuar o se termine con una resolución contraria al rumbo normal del juicio por no contar con esta prueba como respaldo para continuar con el proceso y sus elementos de valor para el derecho como lo es la prueba se vea limitada.

Desde el punto de vista de muchos doctrinarios, en la línea con los principios constitucionales y los tratados internacionales de los cuales Costa Rica forma parte como firmante, esta práctica al igual que la del testigo sin rostro es totalmente violatoria de los derechos del imputado y sus garantías procesales.

Esto porque el concepto dominante es que el momento oportuno para el descargo de la prueba es en el juicio oral y público, la figura del anticipo jurisdiccional de prueba debe ser totalmente excepcional, esto para mantener los derechos del imputado bajo un Estado de Derecho en el cual la prueba se tiene que practicar frente al juez y el imputado tiene todo el derecho de tener el conocimiento de esta pruebas, dado que en el proceso penal las investigaciones tanto como las pruebas tienen que ser objetivas y al mismo tiempo imparciales.

Desde la óptica de los doctrinarios del derecho penal, el permitir que un testigo protegido, pueda hacer un anticipo jurisdiccional de prueba, avala la figura del testigo sin rostro, y esto porque el momento de la descarga de esta prueba es en la audiencia oral y pública no antes, y como sabemos por la redacción del artículo 204 del cpp, la protección procesal del testigo solo se puede hacer en la audiencia de investigación y la intermedia, al momento de llegar a la audiencia oral y pública ya esta protección no se configura, si se acepta que se practique un anticipo jurisdiccional de prueba para un testigo protegido durante la audiencia oral y pública se estaría configurando o avalando la figura del testigo sin rostro que se practica en la ley 8027, pero este instituto de protección al testigo, es rechazado así como la figura del anticipo jurisdiccional de prueba en protección del testigo, tanto por Sala Constitucional como por sala tercera de manera reiterada, por ser violatorio de las garantías procesales del imputado, la persona bajo protección tiene que rendir testimonio en el juicio, aun si está protegida en las dos etapas previas del proceso.

Esto se puede ver en el artículo 212 del código procesal penal que nos dice...

Formas de declaración: Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido en cuanto a sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento, prestará juramento y será interrogado, sobre su nombre apellido y estado civil, profesión, domicilio y vinculo de parentesco y de interés con las partes y sobre cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad.

Si el testigo teme por su integridad física o la de otra persona podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio, y se tomará nota reservada de él, pero el testigo no podrá ocultar su identidad ni se le eximirá de comparecer en juicio, a continuación, se le interrogará sobre el hecho.

Citando a Javier Llobet Rodríguez. Proceso penal comentado. San José, Editora Dominza/Editorial Jurídica. Continental, 5ª. Edición, sobre la figura del testigo sin rostro o la reserva de las características físicas del testigo dice lo siguiente:

“Al indicarse que únicamente rige en el procedimiento preparatorio y fase intermedia se creería que la reserva no se mantiene en la etapa de juicio, sin

embargo y diversos artículos se mantiene la reserva de la identidad y de las características físicas individualizantes en la etapa de juicio. Véase el artículo, 319 último párrafo, 324, último párrafo, 351 último párrafo, del código procesal penal, el artículo 304 permite que se mantenga la protección procesal hasta la sentencia firme. Ver artículo 204 bis inciso 3 del cpp que hace mención del levantamiento procesal en la etapa de juicio”.

Esta figura es rechazada por Sala Constitucional la cual dice que el juicio oral es la parte culminante del proceso, por lo tanto, se debe interpretar que, dentro de esta etapa de juicio oral, solo cabe la protección extraprocesal.

Es importante comentar que cuando se hace un anticipo jurisdiccional de prueba, se hace con base en el presupuesto de que es por medio de una medida extraordinaria como las comentadas anteriormente, y aun en estas circunstancias, dice la doctrina y la jurisprudencia no evita o imposibilita al testigo de hacerse presente en el juicio oral y presentar su testimonio, los juzgadores están en la obligación de llamar al testigo a presentar su testimonio aun con el anticipo jurisdiccional de la prueba y escucharlo declarar de viva voz en la audiencia, al mismo tiempo se dice que la declaración del testigo se realice en la audiencia prevalece sobre las anteriores y la única excepción es que este no pueda dar una explicación coherente de las contradicciones en las que puso incurrir con respecto a la declaración que brindo en el anticipo jurisdiccional y el que brindo a viva voz en el tribunal de juicio esto con base en tratar de brindar una total credibilidad al testimonio, se hace un ejercicio de comparación de ambos.

Sobre el anticipo jurisdiccional de prueba la Sala Tercera. Sala de Casación Penal Número de sentencia, 2020-01205 se ha pronunciado de la siguiente manera...

” Las probanzas obtenidas bajo el anticipo jurisdiccional de prueba, tendrán el mismo valor que las recibidas en el debate, pues no solo han sido controladas por un juez, sino también por las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase”.

Pero la base de la discusión sobre este tema es, el testigo clave por estar protegido de previo, hace este anticipo jurisdiccional de prueba, si este testigo no llega a la audiencia con el fin resguardar su identidad física, entonces se estaría cometiendo una falta al debido proceso y al derecho de defensa que tiene el imputado dentro de la etapa de juicio, esto por cuanto la jurisprudencia nos dice que si el testigo está en capacidad de hacerse presente a la sala de juicio para el contradictorio este tiene obligación de hacerse presente y el juez tiene la potestad de hacerlo testificar en audiencia, y solo si se da una contradicción, se puede hacer una comparación con el anticipo jurisdiccional de prueba que este había hecho previo al juicio, pero prima de manera contundente el testimonio que este realice dentro de la audiencia oral, por encima del anticipo jurisdiccional de prueba, esto con el fin de proteger los derechos del imputado dentro del proceso.

Sobre el tema de la legalidad del anticipo jurisdiccional de prueba y su utilización cuando el testimonio resulte controvertido, y haya que hacer una comprobación entre el testimonio en juicio oral y el anticipo de prueba, se pronuncia la sala de Casación penal en su Resolución número 01205 – 2020 de la siguiente manera:

La casacionista alega, básicamente, que existe una ausencia de fundamentación intelectual del Tribunal de Apelación, con respecto a dos aspectos específicos que fueron recurridos en su libelo de apelación, a saber: 1) que la grabación del anticipo jurisdiccional de prueba, donde consta la declaración de la ofendida, estaba dañada, por lo que muchas circunstancias esenciales en el relato de los hechos no fueron escuchadas, lo que hizo que el tribunal de juicio empleara la prueba documental para solventar lo que no fue apreciado, pero sin que se indicara cuáles partes estaban siendo suplidas; y, 2) que el anticipo jurisdiccional de prueba solo fue respaldado mediante una grabación de audio, lo cual lesionó el derecho de defensa y el principio de inmediación de la prueba, al no poder controlarse el lenguaje paraverbal de la víctima.

Al respecto, señala el tribunal sentenciador: “Este Tribunal ha llegado a la conclusión de que es posible otorgar validez al audio del anticipo jurisdiccional de prueba de la ofendida toda vez que a pesar de que cuenta con

dificultades para su escucha lo cierto es que no es imposible comprender la totalidad del mismo o por lo menos los elementos sustanciales para establecer los hechos en cuanto a tiempo modo y lugar (...) al mismo tiempo se cuenta con las denuncias por escrito de la ofendida donde recalca los hechos sucedidos en su contra” (folios 124 y 125), (...). Así, logra observarse que no existe una ausencia de fundamentación intelectual, con respecto al cuestionamiento de que la reproducción en el contradictorio del audio del anticipo jurisdiccional de prueba no permitiera escuchar la declaración de la agraviada, ni tampoco existe omisión referente a la queja de que la grabación mediante audio del anticipo jurisdiccional de prueba haya lesionado el debido proceso.

Sobre esta figura del anticipo jurisdiccional de prueba y haciendo un análisis de esta jurisprudencia de 2020, vemos como según sentencias y doctrina de las salas se puede llegar a un criterio que no está del todo unificado, y esto porque algunos de los votos nos señalan que es completamente contrario a derecho, hacer un anticipo jurisdiccional de prueba si tenemos al testigo que puede hacer su descargo directamente en la audiencia oral, esto como parte del principio de inmediación, el derecho al contradictorio, las garantías procesales y el debido proceso, que debe de cubrir en su mayor parte al imputado para no causarle una indefensión y un desbalance con respecto a las otras partes que forman parte del proceso.

Pero un punto interesante, como lo muestra esta jurisprudencia de sala de casación, la cual hace más un análisis de la etapa de apelación sobre los asuntos que son importantes para el derecho dentro de la resolución del tribunal de casación.

En esta se alega que la forma en la que se hizo el anticipo jurisdiccional de la prueba es inválida, esto porque la declaración se toma como un audio, y lo que discute la defensa es que ciertas partes de este audio no se podían escuchar claramente, a lo cual responde el tribunal y que en esta declaración si bien es cierto hay partes en las que no se logra escuchar con claridad la declaración, se tiene un soporte documental en el cual está por escrito el testimonio, que se puede usar para darle soporte y validar el anticipo jurisdiccional de la prueba que fue por medio de grabación de audio.

Esto nos hace llegar a la conclusión que si bien los juzgados discuten la prohibición del anticipo jurisdiccional de la prueba en la etapa del juicio oral y público, en esta resolución si se configura dado que hay un soporte que es paralelo al entregado con anticipación al tribunal, esto hace que no solo la declaración de la parte se pueda validar por parte del tribunal, sino más bien que se puede contar con un doble soporte sobre esta misma prueba al existir una copia escrita de esta declaración de parte que ayuda a validar la acusación que se hace al imputado.

Sobre el mismo tema de la invalidez del anticipo jurisdiccional de la prueba podemos revisar la sentencia número 01215–2020 de la sala tercera, la cual valora la contradicción entre el anticipo jurisdiccional de la prueba y el descargo de la prueba en la etapa del juicio y como se resuelve sobre esta de la siguiente manera:

Los petentes alegan “Sentencia ilegítima por introducción de prueba ilegal como base de la condena”, Lo que fundamentan en los numerales 34 y 39 de la Constitución Política; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2 y 3 del Código Penal; 1 al 15, 142, 175 a 179, 184, 293, 327, 328, 333, 408 inciso d) al 421, 457 y siguientes del Código Procesal Penal. Indican que en la causa seguida en su contra se ordenó el anticipo jurisdiccional de prueba del ofendido [Nombre 009], el cual se realizó el 8 de marzo de 2016. Reseñan que el indicado testigo se presentó al debate que se realizó desde el mes de mayo de 2017 hasta octubre de 2018, en el que dio una declaración diversa a la rendida en el anticipo, lo que resulta de relevancia, debido a que se encontraba bajo amenaza cuando rindió su primera declaración. Sostienen que se dejó de lado que lo transcrito en sentencia no corresponde con lo que realmente fue manifestado por el testigo en debate y que dichas inconsistencias fueron obviadas por el Tribunal de Juicio, aspecto de relevancia, pues lo que realmente manifestó fue que terceros lo amenazaron y no como lo refirió el Tribunal que fueron los endilgados.

Consideran que se le restó credibilidad a la versión real brindada por el testigo en juicio, en la que manifestó que terceros lo amenazaron para denunciar a los acusados, lo que generó que se le diera prevalencia al anticipo jurisdiccional de prueba, por lo que no hay un adecuado análisis de las amenazas referidas por el testigo en su declaración y que lo llevó a señalarlos como autores de los hechos. Manifiestan que la valoración efectuada sobre ese extremo es escueta e inadecuada, en tanto solo se menciona de forma tangencial, a pesar de que esas manifestaciones viciaban de nulidad el anticipo de prueba.

Reseñan que el ofendido varió su versión durante el proceso, por cuanto en el oficio 012-HOM-DRL-2016, se plasmó la declaración rendida en el centro médico, en la que refirió no haber observado a las personas que le dispararon. Posteriormente, en el anticipo de prueba dice que sí observó a las personas e inculpó a los acusados. Finalmente, en el debate varió su versión y negó la participación de los acusados.

Lo expuesto a criterio de los petentes evidencia que no es posible que se arribe a la certeza de cual versión es la verdadera y pese a ello, se le otorgó validez al anticipo de prueba.

En este caso, los revisionistas consideran que la sentencia condenatoria emitida en su contra se fundamentó en prueba ilegal, por cuanto afirman que el testigo principal de la causa los señaló como autores del hecho actuando bajo amenaza, que dio diversas versiones de los hechos durante el proceso, lo que hace que pierda credibilidad; que debe darse preminencia a la versión rendida en el contradictorio sobre la vertida en el anticipo de prueba y que se vulneró el derecho del testigo a abstenerse de declarar. Debido a que la causal de revisión alegada es la supuesta existencia de prueba ilegal, conviene precisar cuándo nos encontramos ante este supuesto.

En este caso, las partes que alegan una revisión se sustentan en que el anticipo jurisdiccional de la prueba y la prueba testimonial son muy diversas, por lo que se tiene que tomar como una prueba ilegal, esto porque si se compara el anticipo de la prueba con el testimonio brindado por la parte afectada durante el juicio, varían de manera significativa.

Alegan que esto sucedió porque durante el anticipo de la prueba la persona que brindo el testimonio estaba amenazada, pero que luego durante el juicio esto vario, de manera que la pena que se tiene que poner a los imputados tiene que ser menos severa dado que no se funda en la prueba del anticipo inicial de la prueba.

A los que el tribunal de revisión contesta, que si bien la prueba varía, no es ilegal, dado que la metodología con la que se obtuvo cumple con todos los requisitos procesales que demanda, el código procesal para hacer estos procedimientos cuando la integridad de los involucrados corre peligro, es por esto y la distancia que data entre el anticipo y la audiencia de juicio que pueden haber elementos de olvido sobre los hechos, pero básicamente se refiere con datos que indican de forma específica a los imputados en lugar y tiempo como implicados, por eso no se les da con lugar la demanda de revisión.

### **Resoluciones de la Sala Constitucional con base en la figura del testigo sin rostro**

Las resoluciones de Sala Constitucional con respecto a la figura del testigo sin rostro, tiene una estrecha relación, con la entrada en vigencia, de la ley 8720 de protección de víctimas y testigos, como vimos anteriormente es gracias a esta normativa que entra en vigencia en el 2009 que se pone en discusión el instituto del testigo protegido o testigo sin rostro, es a partir de este momento que se pone sobre la mesa el tema más importante sobre los derechos y garantías de las partes que participan del proceso, pero sobre todo los derechos del imputado, por parte de sus defensores, los cuales al ver restringida su defensa, es por esto que se le pide a Sala Constitucional que emita un criterio para pedir la ilegalidad de toda la normativa que avala la figura del testigo sin rostro en contra posición a la normativa que lo limita únicamente a las dos primeras fases del proceso penal.

El tema del testigo protegido o testigo sin rostro se maneja por parte de la defensa del imputado y se lleva a la sala constitucional, con un punto de vista de violación de los principios transversales propios del derecho procesal penal, pero más puntualmente lo desarrollan con base en el derecho al debido proceso, como respaldo a la posición de la sala constitucional en sus resoluciones con respecto a esta figura controvertida de protección de testigos.

## **El debido proceso como principio democrático**

Un Estado democrático de Derecho, se caracteriza por llevar a rango Constitucional valores y tutelar bienes jurídicos al ser el unificador principal de la valoración normativa nacional, es un filtro de la legalidad constitucional, es por eso por lo que hace un control de viabilidad de la norma jurídica.

Este control se lleva a cabo mediante dos procedimientos, el control de creación de la norma y la impugnación de estas las cuales se llevan a cabo en este órgano constitucional, esto porque no concuerdan con los mismos principios vigentes dentro de la misma carta magna.

La Sala Constitucional se creó en 1989, es una institución que hace una interpretación jurídica normativa siempre con base en los principios constitucionales de aquí que es un deber de la sala garantizar la supremacía de las normas constitucionales y el derecho internacional por medio de los tratados aprobados, y hacer una interpretación uniforme de estas normas con sentencias que son de aplicación directa, este principio nos dice que las normas solo serán válidas si no se oponen a estos principios constitucionales que están inmersos dentro de la carta magna.

El debido proceso es un principio que tiene alcance en todas las actuaciones del Estado y este se desarrolló de manera progresiva, y que tiene una posición privilegiada frente a otros principios, porque este hace posible el ejercicio de los derechos haciéndolos eficaces, se tiene que saber que este principio no es exclusivo del derecho penal que es transversal del derecho, pero es donde se encuentra la libertad y seguridad individual de quienes son sometidos a un proceso penal y es por esto que en la materia penal es donde ha tenido un amplio desarrollo en la doctrina, pues en la resoluciones que se emiten con base en este principio, se define si se violenta o se respeta el derecho al debido proceso, tenemos que saber que este concepto es indeterminado por tanto se tiene que desarrollar con base en una jurisprudencia o caso en específico.

Este concepto siempre va de la mano con la definición de Estado democrático de derecho entendido como un sistema político y jurídico, en el cual todos los sistemas son creados para garantizar la libertad y dignidad a las personas.

## **Los principios del debido proceso**

El debido proceso es el instrumento para lograr una tutela judicial efectiva y se aplica mediante el respeto de garantías constitucionales o supra constitucionales.

### **Derecho a la justicia**

Implica la existencia de un sistema de administración de justicia, que mediante el efectivo ejercicio de la jurisdicción permite un acceso irrestricto y en condiciones de igualdad a la justicia.

### **Derecho a la legalidad**

Es una relación vinculadora entre las actuaciones de las autoridades y la ley donde cada actuación por sí misma debe encontrar sustento legal, porque solo es permitido lo que esta concretamente en la ley. En contra posición está el principio de libertad al que están sometidas todas personas que implica que pueden hacer todo lo que no está prohibido en la ley.

### **Derecho a un juez regular**

Nadie puede ser juzgado por comisión tribunal o juez especial nombrado para el caso si no exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta constitución así regulado en artículo 35 de la constitución política.

También regulado en los artículos 150 y 152 de la constitución política sobre las funciones y atribuciones de la función pública de la siguiente manera:

**Artículo 150 cp.** La responsabilidad de quien ejerce la Presidencia de la República y de los Ministros de Gobierno por hechos que no impliquen delito, solo podrá reclamarse mientras se encuentren en el ejercicio de sus cargos y hasta cuatro años después de haber cesado en sus funciones.

**Artículo 152 cp.** El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.

### **Derecho a audiencia y defensa**

Estos derechos son genéricos del debido proceso y están consagrados en el artículo 39 de la constitución y artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y también desarrollado en el código procesal penal

El derecho de defensa, entendido como un derecho fundamental de cualquier persona que es sometida a un proceso legal, en este caso desde que es sometido a un proceso penal en todas sus etapas, frente al ejercicio de la acción penal que se ha iniciado en su contra y en este proceso se ven involucrados derechos fundamentales del individuo.

Este proceso que dentro de su desarrollo puede contener como resultado una pena hace que sea necesario otorgarle al acusado todos los medios para defenderse, ya sea el abstenerse de declarar, a no producir prueba en contra suya.

### **El principio de inocencia**

Este tema se trata de manera amplia en la doctrina costarricense, y es la presunción de que toda persona sometida a un proceso penal debe considerarse inocente hasta la demostración de su culpabilidad en un proceso penal legalmente realizado, esto significa que toda persona sometida a un proceso no debería sufrir pena anticipada o bien restricciones de su libertad.

Se puede decir según el análisis de muchos doctrinarios que esta presunción de inocencia no es uniforme en todo el proceso, por ejemplo, el auto de apertura a juicio donde se entra a hacer una valoración de la prueba y el juez penal determina que la persona tiene suficientes elementos para elevar a juicio su caso, aquí se pierde la presunción de inocencia, con la demostración de estos elementos.

### **In dubio pro reo**

Este principio es derivado del debido proceso como una forma del principio de inocencia, en su forma más básica nos explica que durante el proceso la persona sometida a este es inocente hasta que se demuestre lo contrario por medio de la sentencia de un tribunal.

Esto nos quiere decir que antes la prueba presentada, si existe una duda razonable se tiene que fallar en lo que más beneficie al imputado, es por eso que las personas juzgadoras tienen el deber objetivo de hacer un análisis y fundamentación del caso, para determinar si existe o no está duda razonable, esto en cuanto la participación y culpabilidad del acusado en el proceso.

### **Derecho a una sentencia justa**

En la relación al debido proceso el principio de sentencia justa reclama que, para dar una sentencia en la resolución de un proceso penal, se tienen que tomar en cuenta parámetros de constitucionalidad que se vinculan a la administración de justicia.

### **Congruencia entre acusación y sentencia**

Este principio implica que la sentencia debe estar fundamentada en la acusación que se formuló y con la prueba que fue debidamente aportada durante el proceso.

### **Principio de doble instancia**

Este principio se encuentra regulado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 8 párrafo 2, y este dice que existe el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, esto implica que exista una segunda instancia donde pueda revisarse, donde pueda realizarse un examen de este de manera amplia e integral, con respecto a las pruebas los fundamentos de hecho y de derecho.

### **Cosa juzgada como eficacia de la resolución en sentencia**

Principio de non bis ídem es el artículo 42 de la Constitución Política y consiste en que la prohibición del Estado para juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho punible, esto brinda seguridad jurídica sobre todo para el imputado, implica también que cuando se hace un recurso de revisión no puede perjudicar la situación del imputado.

### **Derecho a la eficacia material de la sentencia**

Esto se refiere al acatamiento y la eficacia material de lo que se resuelve en una sentencia, esto es dar vigencia a las órdenes judiciales que se emiten de los tribunales de justicia.

### **Derecho a la defensa**

Es el derecho que tiene el imputado a tener asistencia letrada, es el derecho que tiene toda persona que va a ser sometida a un proceso penal de contar con un defensor, profesional en el campo de las leyes que le dé asesoría y una defensa oportuna desde incluso antes del inicio del proceso hasta que este finaliza si el imputado no puede procurarse una defensa el estado tiene el deber de proveerle un defensor público, esto porque nadie puede enfrentar un

proceso solo sin alguien que de fondo conozca el derecho, tanto en su parte procedimental como en la parte sustantiva.

Como podemos ver es muy amplia la tutela que se le da al proceso, las garantías y los derechos por parte de la sala constitucional, esto con el fin de cuidar las partes en el proceso, pero en este caso no referimos de una manera más marcada al imputado, vemos que la mayoría de estos principios que se aplican a lo largo de todo el proceso tienen su fundamento en aplicar un Estado democrático respetuoso de los derechos y garantías, con una inclinación a olvidar esa parte de la historia donde el fin principal no era la tutela de los derechos del imputado, sino más bien la búsqueda de una resolución, sin respetar ese principio tan desarrollado en el derecho penal que se llama el debido proceso.

Estos principios reiteran el espíritu garantista de las instituciones que tutelan tanto la Constitución de nuestro país, como la jurisdicción penal y por encima de estos la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por esto que cuando se pone en vigencia la ley de víctimas y testigos es porque se asume que hay un desbalance en cuanto a la tutela de los derechos de estas partes, y la mayor parte de la energía de las instituciones y defensores del constitucionalismo han ido a regular de manera muy amplia los derechos del imputado, lo cual parece ser muy importante, pero cuando ellos mismos se refieren al principio de igualdad de armas, estamos ante una visible desventaja que tienen las víctimas y testigos, sumando a los peritos y demás involucrados en el proceso penal frente al imputado.

Después de la puesta en vigencia de la ley 8027 de protección de víctimas y testigos del 2009 la actuación de la defensa del imputado en este caso fue pedir la inconstitucionalidad a la Sala Constitucional sobre el artículo 11 de la ley especial citada anteriormente, como también el 204 bis en el código procesal penal, por traer al proceso la figura del testigo sin rostro en casos de alto impacto, el desarrollo de las jurisprudencias nos da una explicación amplia del porqué de la no aplicación de esta figura, y las dudas que generaba los diferentes artículos procesales que lo permitían, por lo que se tenía que unificar criterio, y este ponerse en práctica por parte de sala tercera en esta resolución vinculante que explica la Sala Constitucional sobre su unificación en sentencia previa sobre esta acción. Se realiza lo que

se conoce como Control de Constitucionalidad. Testigos reserva de identidad y características de testigos en el proceso penal. Núm. 18698 – 2010 de la siguiente manera:

Reserva de la identidad y de las características físicas individualizantes del testigo. En cuanto a lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley número 8720 del cuatro de marzo del dos mil nueve (Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y Código Penal) y 204 bis del Código Procesal Penal, esta Sala se pronunció en el sentido de que las medidas de protección procesales acordadas a favor de las víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes, que consisten en la reserva de la identidad y/o de las características físicas individualizantes, no resultan inconstitucionales, dado que se encuentran sustentadas en el contenido de diversos instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, que comprometen al Estado a otorgar una efectiva protección a las personas que se enfrentan a un grave peligro para su vida o integridad física, en razón de su intervención en un proceso penal, así como a sus familiares. La regulación prevista es rigurosa, pues las medidas sólo se aplican en determinados supuestos y fases procesales, se exige una adecuada fundamentación por parte del juez, con la posibilidad de ser impugnada por las partes y previa realización de una vista oral, donde se otorga la posibilidad de discutir ampliamente sobre la conveniencia y legalidad de éstas. No obstante, se estimó que a partir de la fase del debate únicamente procede la protección extraprocesal de la víctima o testigo, a fin de no lesionar el derecho de defensa. En ese sentido, se señaló en la sentencia número 2010-17907 de las quince horas siete minutos del veintisiete de octubre del dos mil diez.

Pero en este contexto la resolución más importante sobre la discusión de las reservas físicas individualizantes y ocultamiento de las calidades de las víctimas y testigos es la consulta judicial facultativa por parte del juzgado penal juvenil, a la sala constitucional sobre la figura de la protección de testigos y su alcance en las etapas del proceso. Esta es la llamada figura del testigo sin rostro, en la cual se trató de hacer una unificación de criterios sobre las

la normas procedimentales que regulan el tema de protección, y hacer de esta consulta a sala constitucional de aplicación por parte de la sala tercera, Sala Constitucional. Consulta judicial. “Reserva de la identidad y las características físicas de los testigos” Núm. 2010-17907. Que hace un análisis del tema de la siguiente manera:

La consulta judicial facultativa de constitucionalidad está diseñada para que los jueces que tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma que deben aplicar en un caso sometido a su conocimiento, las eleven al conocimiento de la Sala Constitucional, a quien corresponde en el sistema de control de constitucionalidad, garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación (artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional) para que sea este Órgano el que decida sobre la regularidad constitucional de las disposiciones consultadas. Las dudas deben recaer sobre la constitucionalidad de normas o disposiciones de carácter general y no sobre la forma en que éstas deben aplicarse o interpretarse en los casos concretos, por ser ésta una labor que corresponde a los jueces ordinarios en el ejercicio de su competencia. En el asunto que se analiza, la jueza consultante duda de la constitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 204 bis y 304 del Código Procesal Penal, por considerar que podrían vulnerar el derecho a la vida y el derecho de la defensa del imputado. Ello por cuanto, se dispone la reserva de la identidad y de las características físicas de los testigos intervinientes en el proceso, tanto en la fase preliminar como intermedia e incluso hasta la firmeza de la sentencia, lo cual podría lesionar el derecho de defensa del imputado. Refiere que existe una contradicción entre lo dispuesto en ambos artículos, dado mientras el artículo 204 bis indica que la protección procesal se otorga al testigo durante el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, con excepción de la etapa de juicio; en el artículo 304 se establece que la protección procesal del testigo puede continuar hasta sentencia firme. Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 204 bis del Código Procesal Penal no es inconstitucional. Asimismo, se estima que el artículo 304 del Código Procesal Penal no resulta inconstitucional, siempre y

cuando se interprete que a partir de la fase del debate únicamente procede la protección extraprocesal de la víctima o testigo, a fin de no lesionar el derecho de defensa y que dicha protección debe mantenerse, aún después de la firmeza del fallo, mientras resulte necesaria para la seguridad del testigo, perito, deponente o sus familiares. Notifíquese, publíquese en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta.

Esta sentencia puntual es la que viene a hacer un análisis completo, de la normativa sobre la figura de los testigos protegidos y demás sujetos que están involucrados en el proceso penal, este es un caso donde se ven involucrados tanto menores como mayores de edad, aun así, la consulta la realiza la Jueza del tribunal penal juvenil, a la sala constitucional sobre la aplicación de la protección de testigos en el proceso penal con base en los artículos 204 bis y el 304 del código procesal penal.

La juzgadora del tribunal penal juvenil consulta sobre el entendimiento de que existe una contradicción normativa entre los artículos 204 bis y 304 del código procesal penal, los cuales no parecen definir el alcance de la etapa donde se le puede brindar protección a los testigos dentro del proceso penal y si este cubre solo la etapa de investigación y preliminar o si tiene un alcance extensivo hasta la fase de juicio oral y público.

En este punto la defensa de los imputados alega que se violan varios principios y sobre todo normas de la constitución más específicamente los artículos 21 cp y 39 cp de la constitución política, en el 21 cp. se tutela el derecho de las personas a la vida y su inviolabilidad, y el 39 cp nos habla que ninguna persona se le hará sufrir pena si no es por delito cusi delito o falta, debidamente sancionado por una ley anterior y por sentencia firme dictada para ese caso.

Luego la defensa hace referencia a la violación de la legítima defensa, dentro de este concepto podemos al mismo tiempo hablar del derecho al contradictorio y el principio de inmediación, la defensa alega que al no poder confrontar al testigo dentro de la audiencia y no poder ver sus gesticulaciones, se está limitado tanto a la defensa como al imputado a hacer uso de la prueba necesaria para tener el derecho a una defensa completa durante la etapa de juicio, y que por otra parte la reserva de sus datos como numero de cedula, nombre, residencia, hacen que tanto la defensa como el imputando tenga dentro del proceso un

completo desconocimiento de quien es la persona que atestigua contra el imputado, lo cual limita su capacidad de una duda razonable dentro del proceso, al hacer un completo resguardo de sus calidades y características físicas.

En esta resolución la sala constitucional determina que las normas anteriormente citadas no son contradictorias y esto porque en el artículo 204 del ccp se no dice en la última línea que el la protección de los testigos tiene un alcance hasta la etapa de juicio, o sea, limitándose a la audiencia preliminar, si bien el 204 bis no habla de este mismo alcance sobre la protección de los testigos nos dicen los magistrados que el alcance de esta protección puede ser tanto procesal como extraprocesal en las dos primeras etapas, y que durante las etapa de juicio oral y público la protección que se aplica debe ser por completo del tipo extraprocesal.

Que en este caso las medidas de esta protección tienen que ser debidamente respaldadas y fundamentadas tanto por la fiscalía y el juez, para su correcta aplicación, cuando hay un peligro de la integridad física de la persona, del mismo modo en cuanto al anticipo jurisdiccional de prueba artículo 304 cpp se considera que sí existe este riesgo para la vida de la persona, este al ser un modo de prueba que es extraordinario, también se tiene que practicar cuando está debidamente fundamentado.

En el análisis completo que hace la sala también desarrolla la puesta en vigencia y aplicación de la normativa especial presente en la ley 8720 de protección de víctimas y testigos, del mismo modo, se reconoce que si ya en Costa Rica se tiene una normativa procesal en la cual se tutela la protección de las víctimas y testigos y otros sujetos involucrados en el proceso, el hecho de tener que hacer una ley especial quiere decir que se necesita darle una mayor tutela esta protección, porque se denota insuficiente esta protección contra el peligro de la delincuencia de nuestros países actualmente.

La sala en su análisis reitera, que la protección de los testigos se puede realizar en etapa de investigación y audiencia preliminar, pero que durante la etapa de juicio oral y público la única protección que cabe es a extraprocesal, y que de esta se encargara el programa de protección de víctimas y testigos, esta consulta no pretende por el principio de independencia de poderes, exigir a la sala tercera que tiene que aplicar las resoluciones presentes en esta consulta, pero sabemos que este es el mayor órgano consultivo aun cuando pueden haber resoluciones contradictorias.

Se ve, por tanto, que en el análisis sobre la consulta que hace sala constitucional se descarga dentro del instituto de la protección de testigos la figura del testigo sin rostro y la negativa a su aplicación en fase de juicio, seguidamente la sala tercera adopta esta consulta a Sala Constitucional, y también se hace un análisis de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la normativa aplicable en materia de protección de víctimas y testigos.

La posición de sala tercera con base en la figura del testigo sin rostro en la protección de víctimas y testigos.

Es importante también saber cuál es la posición de la sala tercera con respecto a esta figura controvertida, del testigo sin rostro, con base en la normativa del código procesal penal y la ley de víctimas y testigos en relación con su artículo 11, al mismo tiempo, qué postura se toma frente al anticipo jurisdiccional de prueba en caso donde existe la protección de testigos como en la siguiente sentencia de la Sala Tercera Penal. Recurso de Casación. Núm. 2012-000240 que no hace mención sobre el tema de la siguiente manera:

El testigo sin rostro en la etapa de juicio y en el anticipo jurisdiccional de prueba. La Sala Constitucional en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el derecho que tiene el imputado de conocer y examinar los testigos como parte del principio de defensa, señalando que forma parte del debido proceso el acceso irrestricto a conocer las pruebas en su contra y a combatirlas. En este sentido ha apuntado: "...la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha resuelto repetidamente que debe concederse a quienes hayan sido acusados de la comisión de un delito, el derecho de examinar a los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2010-17907, de las 15:07 horas, del 27 de octubre de 2010). De acuerdo con el máximo órgano Constitucional, el derecho de defensa "...se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2°, y de los párrafos 3° y 5° del artículo 8° de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen;... el acceso irrestricto a

las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°1739-1992, de las 11:45 horas, del 01 de julio de 1992). Según lo regula el artículo 351 del Código Procesal Penal, en la etapa de juicio, ante la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido “...el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.” En cuanto a este numeral la Sala Constitucional ha destacado que: “...dicha norma no es inconstitucional, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción en la recepción de la prueba y no se lesione el derecho de defensa, por lo que, pueden válidamente utilizarse mecanismos tales como la teleconferencia, pero no aquellos donde se oculten las características físicas individualizantes, dado que, de ocultarse, se estaría ante la figura del “testigo sin rostro” rechazada sistemáticamente por la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos...” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N°2011-01424, de las 11:01 horas, del 04 de febrero de 2011, el resaltado no es del original). Recientemente esa misma S. se pronunció en el sentido de que: “...no es posible mantener la protección procesal de la identidad nominal (nombre de la persona) ni de las características físicas individualizantes (rostro, cuerpo, voz, etc.) en la fase del juicio oral y público. Ello en virtud del cumplimiento de los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución Política y en los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

De la lectura de esta jurisprudencia de sala tercera se puede analizar que hay una línea de actuación acorde con lo señalado por Sala Constitucional en sus sentencias, al mismo tiempo se aplica la normativa de derecho internacional, y sobre estos principios es que la sala tercera toma un punto de partida para manejar, la figura de la protección de testigos.

La sala constitucional se encarga de unificar la jurisprudencia sobre este tema, y de forma directa de aplicación en sus sentencias nos dice no se puede aplicar la figura del testigo sin rostro en la normativa costarricense, y la sala tercera hace caso a la dirección que dio una guía o pauta por seguir sobre este tema, que se dio como una consulta de constitucionalidad.

La sala tercera aplica el criterio de la sala constitucional en el tema de la protección de testigos y la figura del testigo sin rostro, que limita la protección de testigos a la audiencia de investigación y preliminar, pero nunca en el juicio oral y público.

En base en esto dice que hay dos tipos de protecciones que serían las procesales y las extraprocerales, si bien durante las dos primeras etapas del proceso podemos utilizar ambas al momento de llegar al contradictorio el juicio, lo único que aplica es la protección extraprocera, esto por cuanto dentro de la normativa procesal se puede prestar para una contradicción diferentes artículos del código procesal penal que en su redacción nos dicen que esta protección del testigo llega hasta el juicio oral y público, como lo dijimos anteriormente la sala lo rechaza de plano y la sala tercera aplica el criterio de la sala constitucional en sus resoluciones.

Otro tema importante a ser tratado en este estudio, es la aplicación del anticipo jurisdiccional de prueba, que es en relación a ese derecho y exigencia que pueden hacer tanto la defensa como el imputado, de conocer y examinar a los testigos como parte del principio de defensa, que significa ese derecho irrestricto a conocer las pruebas en su contra y esa posibilidad de combatirlas, repreguntando o recusando a peritos y testigos, estos dictámenes y testimonios deben presentarse en la presencia tanto del imputado como del defensor.

El tribunal en este caso puede disponer que este anticipo jurisdiccional de prueba se haga mediante los medios tecnológico necesario para proteger la integridad del testigo, pero esto siempre que no se vulnere el derecho de defensa del imputado, sobre esto nos dice la misma jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala tercera. Recurso de casación 2012-000240 lo siguiente:

“...el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del

declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.” En cuanto a este numeral la Sala Constitucional ha destacado que: “...dicha norma no es inconstitucional, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción en la recepción de la prueba y no se lesione el derecho de defensa, por lo que, pueden válidamente utilizarse mecanismos tales como la teleconferencia, pero no aquellos donde se oculten las características físicas individualizantes, dado que, de ocultarse, se estaría ante la figura del “testigo sin rostro” rechazada sistemáticamente por la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos...”

De esta manera se pueden usar medios tecnológicos para que se haga un testimonio por medio de una vídeo conferencia siempre que, durante su presentación no haya una violación de los derechos y garantías, del imputado a esto se refiere la sala tercera a el ocultamiento de las características físicas o los datos de este testigo durante la etapa del juicio, esto no se puede aplicar en el anticipo jurisdiccional de prueba, porque estaríamos frente a la figura del testigo sin rostro.

La utilización de medios tecnológicos durante la etapa de debate dentro de juicio es válida, porque se pueden mantener vigentes los principios de inmediación y contradicción lo cual no violaría los derechos del imputado.

Pero si en este contradictorio se hace uso de otros medios dentro de la vídeo conferencia esto puede dañar de manera irreparable el debido proceso, como lo serían utilizar métodos de ocultación, máscaras, pasamontañas, distorsión de la voz, ocultamiento del nombre, esto no se puede aplicar según sentencias de sala tercera en la línea del respeto a los derechos del imputado.

De aplicación es también que, al no poderse utilizar una protección dentro del proceso durante el juicio, al mismo modo que la sala constitucional, la sala adopta el método de reforzar las medidas extraprocesales, a los testigos del proceso y de este modo no se estarían dejando en una completa falta de protección ante el implicado o el imputado del hecho punible estas se pueden ampliar por el tiempo que sea necesario.

En cuanto al anticipo jurisdiccional de prueba esta práctica es excepcional, para casos muy puntuales como lo dice el artículo 293 del cpp...

“...cuando sea necesario la práctica de un acto definitivo o irreproducible, que afecte los derechos fundamentales, o cuando deba recibirse una declaración que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio o cuando por la complejidad del asunto exista la probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales, sobre lo que conoce o cuando se trate de personas que deben abandonar el país el ministerio público o cualquiera de las partes podrá requerir que el juez lo reciba o lo realice, cuando se trate de una víctima o testigo cuya seguridad o integridad física corran riesgo por su participación en un proceso y se presuma que su declaración en juicio no será posible, en todos los casos donde se hayan acordado la reserva de las características físicas del declarante por la existencia de un riesgo para su vida o su integridad física se procede a recibir su testimonio de manera anticipada.

En este artículo sobre el anticipo jurisdiccional de prueba podemos ver que esta solo es aplicable en casos que son extraordinarios, cuando se está ante un peligro de perder este testimonio por varias razones, una de las cuales sería por causa de una enfermedad en la que se puede perder la memoria, otra sería que la persona no puede estar en el país al momento de iniciar el proceso, o que la persona no va a estar presente cuando se va a hacer el proceso en vida, otra de las razones por las que se puede practicar el anticipo de la prueba es cuando la persona está bajo riesgo.

Y es acá cuando se entra en una contradicción de las normas que sala constitucional resuelve de manera directa en su jurisprudencia, y es que en el último párrafo del artículo 293 de cpp no habla de cuando sea necesario ocultar las características físicas por un riesgo a la integridad física de la persona, entonces se permitirá el anticipo jurisdiccional de prueba para la fase de juicio.

La sala resuelve esta contradicción, porque si bien este anticipo se tiene que practicar durante el juicio, las características físicas del testigo no se puede ocultar, porque se estaría frente a la figura del testigo sin rostro, es por esto que en el momento de practicar esta prueba

en el juicio, se debe hacer solo si el testimonio que presenta el testigo en juicio, tiene alguna contradicción con el que se hizo en el anticipo jurisdiccional de prueba, pero si la persona ya no está bajo riesgo entonces esta debe presentar el testimonio de manera directa y esto lo tienen que valorar tanto fiscales como el tribunal.

De seguir bajo una amenaza sobre su vida e integridad física, entonces esta prueba de descargo se puede hacer por otros medios, siempre que estos no violen el debido proceso y el derecho a la defensa del imputado, de este modo no se pueden permitir los ocultamientos en ninguna de sus formas y solo cabe la protección extraprocesal.

### **Análisis Sentencias de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema del testigo sin rostro.**

#### **Sentencia: Norin Catriman y otros contra Chile del año 2014.**

Es una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos al Estado de Chile por el enjuiciamiento de un grupo de personas indígenas, por cargos de terrorismo contemplados en la ley chilena penal, el caso se eleva a la corte, previo su aceptación en la comisión y se da un pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del estado chileno.

El aspecto que toma la CDIH para su decisión es directamente relacionado con los alcances del proceso penal en Chile y si a las personas que fueron imputadas y ahora se les da un tratamiento por parte de la corte como las víctimas de esta resolución, se faltó al debido proceso penal en cuanto al desarrollo de las actuaciones a los largo de juicio en el cual se les condenó y si en este se siguieron todos los procedimientos para cumplir una igualdad de partes o de armas.

Cuando la CDIH entra a hacer un análisis de las actuaciones que desembocan en una sentencia, en un análisis profundo de la actuación procesal logran determinar que hay muy poco del cumplimiento de los institutos que protegen este debido proceso como lo son, los principios transversales, más puntualmente el derecho a la defensa que involucra en aquel momento a los imputados ahora víctimas y el derecho al interrogatorio, que se refiere al derecho que tiene tanto la defensa como el imputado de hacer un contradictorio y debatir la prueba dentro del juicio, que se celebra en su contra.

El fundamento de fondo es el análisis de la utilización de la figura del testigo protegido y el fundamento para aplicar la prisión preventiva, el primero llamado en nuestro medio el testigo sin rostro, y como les dieron tratamiento a estas figuras en la resolución del conflicto.

Es importante hacer notar que cuando un caso se eleva a CIDH y se dicta una resolución esta no se aplica a nivel de una institución en específico, la aplicación es a nivel país, es por esto por lo que el país sobre el cual pesa esta resolución tiene que tomar los medios necesarios, para cambiar de una manera positiva lo que la corte en su análisis de fondo dictaminó con su resolución.

Como es el caso de muchos países de nuestra región todavía se aplica una normativa procesal de corte inquisitivo para el año de aplicación de esta jurisprudencia de la CDIH en Chile, y esto trae una serie de restricciones los derechos del imputado, que vulneran su derecho a la libertad ya las garantías procesales, por la utilización de esta figura del testigo protegido es decir con una identidad desconocida.

Estos testigos realizan su declaración bajo medidas de protección, por ejemplo, en el caso de Chile se utilizó un biombo que no muestra las características físicas del testigo, con ocultamiento de rasgos físicos a todos los presentes, menos al tribunal de juicio.

Al mismo tiempo se utilizó un sistema para distorsionar la voz, con en el fin de evitar un reconocimiento del testigo por este medio.

Otro punto interesante es que las declaraciones como medio de prueba se practicaron en el mismo juicio, pero de manera paralela se lleva un cuaderno con el testimonio del o los testigos que no se adjunta al archivo como medio de prueba de las partes, si no solo está en poder de la fiscalía (llamado el cuaderno secreto).

Chile al momento de esta resolución de esta sentencia, cuenta con una normativa procesal penal básica, pero del mismo modo cuenta con leyes especiales de aplicación para los testigos y otros delitos en materia penal como por ejemplo una ley especial para las estafas, en el caso.

Según la lectura de la sentencia la CIDH define que la confrontación de la prueba que se hace con secretismo en la etapa de juicio es menor que la que puede recibir un testigo en

un proceso normal donde no se hace el uso del testigo protegido y donde existen estos peligros, esto por la falta de información básica sobre el testigo para realizar el examen de la prueba.

Esto choca con el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el derecho a la defensa a interrogar a los testigos presentes en tribunal durante la realización de proceso, hay un impedimento de la defensa y el imputado de realizar preguntas sensibles con el caso, como la existencia de alguna enemistad algún prejuicio determinado en contra del imputado o si el testimonio es completamente cierto para configurarse como viable.

También impide la identificación del testigo para poder determinar si la declaración es falsa con algún tipo de montaje o del todo es equivocada.

En un plano más general se puede determinar de esta jurisprudencia que la CIDH no considera que la protección de un testigo con identidad reservada constituya una violación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por ser una medida, que puede ayudar a preservar la vida y la integridad física de las personas declarantes.

Lo importante es cuando se aplica según se desprende de esta resolución, una medida de protección extraordinaria se deben cumplir con las condiciones específicas para poderla configurar, y algunas de estas medidas son según CIDH: someter las medidas que se quieren implementar a un riguroso control judicial, fundamentación amplia y profunda con principios como el de necesidad y proporcionalidad, cumplir con la regla de la excepcionalidad, previo a su imposición tiene que haber una situación de riesgo comprobado para el testigo, y si se protege al testigo también tiene que haber medidas de contrapeso para proteger al imputado, es importante que la condena no esté fundamentada en su parte principal por este testimonio de la persona protegida.

Sobre la resolución de esta sentencia CIDH dice que por parte del tribunal hay muy poca fundamentación y un análisis poco profundo a la hora de validar la aplicación de la figura de la protección de testigos y esto se configura como un error que produce indefensión en los imputados a los cuales como parte de una sentencia que se hace con base en un estudio

pertinente de la prueba, se les lleva a un proceso donde la evidencia que soporta la protección no está debidamente fundamentada a la hora de aprobar el instituto.

CIDH dice en su explicación que el caso en concreto no se presenta, no se hace un análisis de fundamentación ni de los antecedentes que pueden darle bases a la aplicación de la protección de testigos, no se hace ni de manera superficial menos en lo profundo.

Lo que se exige en este tipo de caso es tener un estándar de fundamentación alto que apoya la aplicación de la figura de protección, es por eso importante que una vez que se fundamenta y que se le da un tratamiento más profundo y se aplica la protección de los testigos y se admite el instituto, es importante que la defensa pueda contar con un acceso al registro de las declaraciones, después de realizar las declaraciones, se le puede hacer una entrega de los mismos al abogado del imputado el cual no puede revelar a su cliente.

La CIDH resuelve que si no se aplican los institutos antes analizados y se ponen en práctica en orden de utilizar la figura del testigo protegido se tienen que hacer cambios radicales y reformas, para no faltar al debido proceso, esto es competencia de las autoridades de la jurisdicción penal de Chile en su normativa procesal penal, y darle más amplitud y al mismo tiempo llegar a cumplir con la igualdad de armas en el proceso.

### **Jurisprudencia del caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche vs Chile**

**Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. “dirigentes del pueblo Mapuche contra Chile. 2014. Núm. 279.**

El caso fue presentado por la Comisión el 7 de agosto de 2011 y se relaciona con ocho personas que fueron condenadas como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de una ley conocida como “Ley Antiterrorista” por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile. Tres de ellas eran en la época de los hechos del caso autoridades tradicionales del Pueblo indígena Mapuche, otros cuatro son miembros de dicho pueblo indígena y una señora era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo.

Derecho de defensa, Igualdad ante la ley, Libertad de pensamiento y expresión, Libertad personal, No discriminación, Presunción de inocencia, Principio de legalidad y de retroactividad, Protección de la familia.

CEJIL coincidió sustancialmente con lo alegado por la Comisión, solicitó al Tribunal que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los mismos artículos de la Convención Americana señalados por la Comisión Interamericana, y agregó que Chile también había violado los derechos contenidos en los artículos 5, 8.1 (deber de motivación), 8.2.c, 8.2.d, 8.5 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y los contenidos en los artículos 7.1, 7.3, 7.5, en relación con “el principio de inocencia [artículo 8.2]” y los artículos 1.1 y 2 del referido instrumento.

Principio de legalidad: la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa.

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con el principio de legalidad (artículo 9 de la Convención).

El artículo 2 de la convención americana contempla el deber general de los estados parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de esta para garantizar los derechos en ella consagrados.

Igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana).

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.

De lo expuesto en este apartado se desprende que no existen elementos que permitan a la Corte determinar que ha existido una aplicación discriminatoria de la ley antiterrorista en perjuicio del pueblo mapuche o de sus integrantes

La Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la convención americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Las alegaciones de violación del derecho a un juez o tribunal imparcial, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

En el proceso contra el señor Ancalaf Llaupe se mantuvo la reserva de identidad de ciertos testigos durante las dos etapas, y aún en el plenario la defensa no tuvo acceso a todas las actuaciones, pues se conformaron cuadernos secretos. Las medidas correspondientes se fundaron en la simple invocación de las normas aplicadas, sin ninguna motivación específica con respecto al caso en cuestión.

La corte se ha pronunciado en anteriores oportunidades acerca de violaciones del derecho de la defensa de interrogar testigos en casos que trataban de medidas que en el marco de la jurisdicción penal militar imponían una absoluta restricción para contra interrogar testigos de cargo, otros en los que había no sólo “testigos sin rostro” sino también “jueces sin rostro”, y en otro que se refiere a un juicio político celebrado ante el congreso en el cual a los magistrados inculcados no se les permitió contra interrogar a los testigos en cuyos testimonios se basó su destitución.

El control judicial de la reserva de identidad de testigos fue insuficiente. La resolución judicial que la dispuso no contiene una motivación explícita, y se limitó a hacer lugar a una solicitud del Ministerio Público que sólo se refería a la “naturaleza”, las “características”, “circunstancias” y “gravedad” del caso, sin especificar cuáles eran los criterios objetivos, la motivación y las pruebas verificables que, en el caso concreto, justificarán el alegado riesgo para los

testigos y sus familias. La corte entiende que dicha resolución no constituyó un efectivo control judicial porque no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida fundándose en una situación de riesgo para los testigos.

Por las razones expuestas, la Corte concluye que para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequero Pichún Paillalao

La Corte dispone que:

El Estado debe adoptar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, José Benicio Huenchunao Mariñán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles sobre las cuales la Corte se pronunció en esta Sentencia. Ello comprende: i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; i) dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional. Asimismo, el Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación de su inscripción en cualquier tipo de registro nacional e internacional que los vincule con actos de carácter terrorista.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **Caso De La Cruz Flores Vs. Perú**

#### **Análisis de Sentencia de 18 de noviembre del 2004**

El caso de la Cruz Flores nos muestra otra variante del instituto de la protección de las partes en el proceso penal, que presenta amplias diferencias con respecto a la figura de la protección de víctimas y testigos, esto por cuanto en el presente caso que se desarrolló, lo que se aplica es el instituto de los jueces sin rostro, a diferencia del caso anteriormente citado que tiene sus análisis en la figura de los testigos protegidos.

En este caso la persona implicada en el delito de apellidos flores de la cruz es detenida por la policía es requerida por las autoridades, y se le implica en un caso de terrorismo, por lo que se le procesa, pero al momento el desarrollo de este proceso penal se lleva a cabo mediante el ocultamiento de los juzgadores, es por esto que el caso se lleva a la comisión de derechos humanos para que se haga un análisis y se dicten medidas a ser aplicadas por estado de Perú luego de esta instancia se eleva a la corte interamericana de derechos humanos para que se dicte una resolución a nivel país específicamente a Perú.

Dentro de lo que se alega en el proceso que se eleva a la corte es la denuncia conforme al artículo 61 de la Convención Americana con el fin de hacer un análisis de si el estado violento el derecho a la libertad personal en el artículo 7 de la Convención, el artículo 8 de las garantías judiciales, artículo 9 sobre el principio de legalidad, el 24 de igualdad ante la ley, todos de la misma normativa, en perjuicio de la señora maría teresa de Jesús flores, del mismo modo se le pide a la corte que se pronuncie sobre el incumplimiento por parte del estado de Perú del artículo 2 de la convención sobre la obligación de adoptar medidas en la legislación interna conforme a lo dispuesto en la normativa de la convención.

La señora maría de Jesús fue condenada bajo la modalidad de jueces sin rostro por el delito de terrorismo a veinte años de prisión en 1998 conforme en lo dispuesto en el decreto 25475 sobre terrorismo, luego de esto en el 2003 el gobierno emitió decretos, dichos decretos, anularían en un plazo no mayor de 60 días las sentencias emitidas con la ley de terrorismo a los juicios realizados con jueces sin rostro, sin embargo la señora Cruz hasta la presentación de la denuncia ante la corte permanecía detenida en situación de condenada por los delitos de terrorismo.

La comisión presenta el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2003, uno de los problemas que presentaba el decreto hecho por el gobierno peruano en los casos de terrorismo, es que esta contemplaba dentro de sus detenciones los delitos de peligro, esto nos dice que dentro de esta normativa se podía penar la potencialidad de un acto delictivo, del daño a un bien jurídico tutelado, sin que se requiera la materialización del daño, con un resultado concreto, lo que practicaba en esta normativa era una descripción de una conducta alternativa de una manera muy errada que describían los resultados posibles de un acto terrorista, con una tipificación penal muy abierta, dejando al operador penal la tarea de hacer una interpretación más amplia del tipo penal, para que este definiera e hiciera su propia conclusión.

Y este decreto de ley antiterrorista presenta una serie de normativas procesales de corte ampliamente inquisitivo, por ejemplo, incomunicación del imputado en la etapa de investigación preliminar, intervención del abogado hasta después de la etapa preliminar, exclusión de cualquier tipo de libertad, designación de magistrados ad hoc, realización de audiencias privadas en etapa de juicio, designación de jueces sin rostro, no procedencia de recusación, exclusión de beneficios penitenciarios, y aislamiento del sentenciado.

Este es un problema que debemos poner en un contexto en una situación y un tiempo específico que paso el estado del Perú, con el auge de los grupos terroristas, y el esfuerzo del estado por hacer leyes más duras con el fin de disminuir el crecimiento de los grupos terroristas, en una clara violación del debido proceso y los derechos humanos.

### **Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso De La Cruz Flores Vs. Perú**

**Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Cruz vs. Perú.  
Detención arbitraria por delito de terrorismo. de 18 de noviembre de 2004.**

Testimonio de la señora María Teresa De La Cruz Flores, presunta víctima:

Estudió medicina y se graduó en 1979. Contrajo matrimonio con el señor Danilo Blanco Cabeza, de quien se separó de hecho en 1988 y tiene dos hijos, Danilo y Ana Teresa. Desde 1984 hasta su detención, en 1996, trabajó en el Policlínico Cincha. Su esposo, quien trabajaba en el periódico “El Diario”

cuando éste era de curso legal, fue detenido en 1988 bajo cargos de apología del terrorismo. Un mes después fue puesto en libertad porque no existían cargos para un juicio. Esa situación tuvo consecuencias en la vida de ambos, e incluso se separaron de hecho ese mismo año. Asimismo, tuvo que enfrentar sola la economía de su hogar.

En 1990 fue detenida en su centro de trabajo al intervenir para evitar una agresión entre dos personas que forcejeaban, a quienes tomó por pacientes; fue acusada de ser cómplice de una de éstas dos personas en una supuesta pegatina de volantes. Estuvo detenida en el Penal Castro Castro durante tres meses, hasta que le fue otorgada la libertad incondicional “al demostrarse [su] inocencia en el juzgado”. Este episodio la afectó bastante, sin embargo, se reincorporó al trabajo y realizó varios cursos de capacitación y otras actividades profesionales.

En 1992 se enteró de que su esposo había sido nuevamente detenido. Dos años después fue puesto en libertad, debido a que se consideró que existía cosa juzgada respecto de los hechos a los cuales se le vinculaba. Posteriormente, el señor Blanco solicitó asilo político en el exterior.

En marzo de 1996 la testigo fue detenida a la salida de su trabajo, llevada a la Comisaría y de allí a la oficina de Requisitorias ubicada en la Avenida Canadá. Su familia se enteró de la detención por medio de un colega que presencié los hechos. Luego de una noche en la requisitoria, la llevaron al Juzgado donde no encontraron los expedientes y pasaron varias horas antes de que el juez la interrogara. Posteriormente, fue conducida al Establecimiento Penal de Régimen Cerrado Especial de Mujeres de Chorrillos (en adelante “el Penal de Chorrillos”), donde ha estado detenida desde entonces.

En el Penal de Chorrillos fue aislada e incomunicada, y no pudo ver ni a su abogada ni a su madre durante un mes. Las visitas de niños eran trimestrales, durante el primer año no recibió la visita de sus hijos por lo duro que hubiera

sido para ellos ver a su madre en esas condiciones. Una vez al mes disponía de media hora para escribir a su familia, lo cual tenía que hacer en la penumbra de su celda. Pudo comprobar que algunas veces la correspondencia no llegaba a su destino. A pesar de diversas solicitudes, nunca pudo tener una visita directa, siendo éstas por medio del locutorio que era muy incómodo, incluyendo las visitas de su madre, quien es de edad avanzada. En el penal la alimentación era escasa y de muy mala calidad. En su primer año de detención sólo podía salir al patio 30 minutos diarios, no podía usar papel, lápiz, reloj, no tenía acceso a revistas, periódicos, radio, televisión y sólo se le permitía leer la Biblia y ciertos libros clásicos. Tampoco le permitieron tener libros de medicina y revistas médicas de su especialidad. Desde que llegó al Penal presentó un cuadro de diarrea y fiebre por el cual sólo pudo ser atendida después de dos semanas de presentar los síntomas. Sólo se podía pedir que se atendieran sus “necesidades al personal policial para que lo comunicaran al personal del INPE [Instituto Nacional Penitenciario], lo que cumplían sólo en caso de extrema necesidad”.

Su madre de 80 años quedó a cargo de sus hijos. Su familia ha pasado y sigue pasando dificultades económicas: los gastos, incluidos los de la educación de sus hijos, los solventaron entre la pensión de jubilada de su madre y la ayuda esporádica de algunos familiares.

Durante el primer año exigió tener mayor conocimiento de su expediente, a través de su abogada, quien tuvo grandes limitaciones en el acceso del referido expediente judicial, por lo que les fue difícil conocer detalles de su detención. La presunta víctima tenía conocimiento de que las acusaciones se relacionaban con supuestas atenciones médicas a terroristas o a sus familiares, pero ni ella ni su abogada sabían quiénes eran esas personas.

En octubre de 1996 fue llamada a la Sala de Terrorismo “sin rostro” para su juicio, pero sin haber tenido oportunidad de preparar su defensa, debido a la falta de información sobre los cargos y las personas que presuntamente la acusaban. Los jueces que la juzgaron se encontraban detrás de un espejo y

sólo escuchaba sus voces distorsionadas, e incluso la preguntas que le formulaban le resultaron incomprensibles.

Durante el juicio oral no hubo ningún testigo que la incriminara, los únicos que la acusaron fueron el fiscal y el procurador. Asimismo, no había ningún supuesto enfermo o arrepentida que la señalara como culpable. A pesar de ello fue sentenciada. En la opinión de la testigo, les dieron más valor a las afirmaciones del atestado policial que al juicio mismo, y además se tomó en cuenta que tanto ella como su esposo habían estado detenidos con anterioridad. Asimismo, en el juicio “primó que se quería condenar a todo médico que se atreviera a brindar [ayuda] a ‘un terrorista’ y eso se hacía a través de [ella]”.

Su abogada pidió su indulto, sin embargo, éste no le fue concedido porque tenían un proceso pendiente del año 1990, el cual debía pasar a juicio oral y cuyo expediente se había perdido. En ese momento su hermana Alcira tuvo que interrumpir sus estudios de postgrado en el Brasil para hacerse cargo de los trámites legales de la presunta víctima, puesto que su madre ya no estaba en condiciones de seguir haciéndose cargo de ellos. Después de que su hermana buscó infructuosamente el expediente de 1990, por iniciativa de su defensa el mismo fue reconstruido con las copias que tenía en su poder su anterior abogado.

En 1998 fue llevada a juicio por la causa abierta en 1990 y se le acusó de haber ordenado al muchacho, junto con el cual había sido detenida ese mismo año, efectuar la pegatina. En dicho proceso fue sentenciada a diez años, para lo cual se tomó en cuenta que tenía antecedentes. Aproximadamente un año después la Corte Suprema declaró sobreesido ese proceso. En ese momento presentaron su caso a nivel supranacional.

A la presunta víctima se le negó el indulto por segunda vez y sintió que su situación era un símbolo contra la práctica médica, “porque no habiendo pruebas igual se [le] condenaba” y “se prejuzgaba sobre [su] inocencia por el

vínculo familiar porque [su] esposo también [había sido] detenido alguna vez por considerarse que estaba vinculado con el terrorismo”.

En el año 2000 hubo cambio de Gobierno, pero se mantuvo la legislación antiterrorista. Habiendo cumplido un tercio de su condena solicitó el beneficio de la semi libertad, la cual le fue negada porque se le “aplicaron normas que entraron, en vigencia con posteridad a su detención, en el año 2003”.

### **Sobre la función del derecho penal frente al delito, teoría de Raúl Zaffaroni**

El doctor Zaffaroni destaca en un primer nivel la forma de distribución que se hace en la práctica del derecho penal pero sobre todo su forma de aplicación en base a su teoría, y dice que primeramente y de forma más importante los encargados de aplicar el derecho punitivo de manera directa son los organismos del Estado, esto por medio de sus agencias ejecutivas, dentro de la creación de la normativa y su posterior interpretación, y al mismo tiempo hacer sobre la misma un control de convencionalidad Constitucional.

Tenemos que la aplicación más directa del derecho penal en el momento en el que estamos frente a un delito, se deja en manos de estas agencias del Estado y en este caso hablamos más directamente de la policía administrativa, y en un plano más investigativo la policía judicial, cada una de estas tiene sus funciones bien delimitadas según nuestro código, esto si traemos la teoría de Zaffaroni al ámbito Nacional, le corresponde a estas agencias del poder ejecutivo, más específicamente la policía administrativa ejecutar las órdenes judiciales, y cumplir con la normativa punitiva penal como lo dice la ley general de la policía:

Artículo 2 Fuerzas de policía y el carácter de sus miembros: Para la vigilancia y la conservación de la seguridad pública, existirán las fuerzas de la policía necesarias. Sus miembros son funcionarios públicos, simples depositarios de la autoridad, deberán observar y cumplir fielmente, la constitución política los tratados internacionales y las leyes vigentes

En el caso de nuestro en ausencia de la policía judicial, la policía administrativa puede tener potestades de policía judicial, esto hasta el momento en que la policía judicial se haga presente y los pueda relevar de sus funciones, en todo caso las potestades de la policía administrativa en costa rica están subordinadas al poder ejecutivo y de manera supletoria al judicial.

En un segundo plano comenta que existe la creación de la norma jurídica por parte de un órgano específico del estado que cumple con esta función, según sea el caso del país sería el congreso o la asamblea, en nuestro país sería la asamblea legislativa, y esto en base al principio de reserva de ley, y esto por cuanto la normativa, la creación de las normas jurídicas, son una competencia exclusiva de los diputados de la asamblea legislativa y esto haciendo una analogía a la teoría del doctor Zaffaroni, esta función de creación de la norma es exclusiva no puede ser competencia de ningún otro órgano o institución del Estado, es por tanto en el tema penal, las leyes de carácter punitivo tiene un nacimiento con base al responsable de su creación que sería la asamblea legislativa y sus diputados.

Luego en un tercer estadio de esta teoría del doctor Zaffaroni, no habla de que una vez que tenemos estas normas punitivas, que se crean en el seno de un congreso, o asamblea, después de que se le hace un control constitucional normativo, se aprueba, y este se pone en práctica y toca a las agencias del estado aplicar estas normas, esto sería dentro del cumplimiento en la sociedad de estas normas, o si a la persona se le tiene que hacer parte de un proceso penal

El tercer estadio es el trabajo de los doctrinarios lo que Zaffaroni llama el derecho penal verdadero y es el trabajo de hacer una interpretación sobre esta normativa, es la creación de teorías que en un momento de espacio y tiempo se elaboran con el fin de darle una explicación lógica científica a la normativa, en este caso punitiva y cuya búsqueda es mantener una actualidad y sentido a la aplicación debida del derecho punitivo, esta explicación tiene su base más fuerte en el derecho sustantivo, es desde el derecho penal general donde se discuten la mayor parte de los conceptos normativistas y teóricos del derecho penal.

Al referirnos al derecho penal y su finalidad, se conoce que su finalidad no es una reparación de los daños como se hace desde la parte civil, el derecho penal como última ratio, lo que busca es ser coercitivo, esa es la finalidad del derecho punitivo, con los que son transgresores de las normativas y que se separan de las reglas sociales, en diferentes épocas a estos transgresores se les ha dado un tratamiento distinto, en el pasado de un corte más inquisitivo y menos garantista, y un cambio que se practica hoy en día que es mas de corte garantista y de protección de Derechos Constitucionales y de Derechos Humanos, pero de

todos modos aun con el respeto de todos estos institutos, el derecho punitivo lo que busca es coerción según Zaffaroni

Cuando se tienen leyes penales manifiestas que lo que tratan es de dar una aplicación amplia del derecho punitivo, la mayor parte de las normas que salen del ámbito legislativo son de un corte punitivo duro, con el fin de coaccionar al actor del delito. Como lo manifiesta de la siguiente manera en su libro. Raúl Eugenio Zaffaroni. Derecho Penal parte general. Ed. Ediar Buenos Aires, 2002.

En su construcción, el saber penal posee una intencionalidad manifiesta, que es la contención y reducción del poder punitivo a través de decisiones racionales de las agencias judiciales, logrando el progreso del estado constitucional de derecho y, a su vez, garantizando la seguridad jurídica.

Comenta que el sistema penal dentro de su normativa y forma de aplicación es tan amplio que no se puede cumplir por parte de las agencias del Estado su cumplimiento total de manera correcta y directa, que sea conforme a la amplitud de la normativa penal, y esto por cuanto hay un exceso de normativa en el ámbito punitivo del estado, que, en su afán de contener el delito, cada vez hace más gruesa la normativa dedicada a castigar a la delincuencia.

Pero es en esta misma amplitud que el derecho punitivo, no puede por su aplicarse completamente, entonces el autor no habla que los encargados de esta aplicación de la normativa penal con un fin punitivo, que serían los órganos del estado como lo sería la policía administrativa, tienen que hacer una selección de cuáles son los estratos o los individuos de la sociedad a los cuales les va a aplicar estas medidas de restricción o coacción penales.

Esto es lo que el autor llama una criminalización forzosa o la escogencia de cuales individuos y a cuáles grupos sociales se les puede criminalizar con una mayor amplitud desde el ámbito punitivo del estado, o esa visión de estado llamada a criminalizar.

Esta selectividad según el autor corresponde a la policía, porque a los demás órganos del estado integrantes de la maquinaria de aplicación de la coacción normativa penal, no se involucran de manera directa sino más bien de una forma indirecta, con el hecho delictivo o los causantes del hecho.

En este caso el órgano legislativo encargado de crear la norma, se encarga de que esta pueda nacer a su vida jurídica hacer su redacción, pero los encargados de esta tarea no son los encargados de darle una aplicación a estas normas, luego tenemos a los órganos jurisdiccionales, los tribunales que en base a esta mismas normas toman la decisión de aplicarla en base a un proceso judicial penal, pero sobre el cual es una persona imparcial y en base a su conocimiento y las pericias y pruebas de los actores involucrados en el proceso se tiene que llegar a una resolución para las partes ya sea esta positiva o negativa, pero siempre con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes.

Es en este entendido que el órgano del estado encargado de aplicar esta normativa que nace a su vida jurídica en un congreso o una asamblea y que se llega a una resolución por parte de los órganos jurisdiccionales, es en forma directa la policía administrativa que está bajo las órdenes del poder ejecutivo del estado, estos son los encargados de decidir a quién aplicar el derecho punitivo.

Esto lo podemos llamar una selectividad del poder punitivo del estado, el cual por su amplitud no se puede aplicar en su totalidad, entonces se tiene que hacer una selección de esta normativa, y al mismo tiempo seleccionar cual sector de la sociedad se le tiene que aplicar.

Esto según el autor se hace con base no en un estudio científico o estadístico, sino más bien a estereotipos y prejuicios sociales, se dice que en cada época hay estereotipos o características externas que operan con base a prejuicios sociales, y sobre estos prejuicios sociales los órganos del estado pueden hacer más fácil su escogencia del delito.

El autor reconoce que a todos los individuos en la sociedad se le demandan roles, y que, si estos mismos individuos no cumplen con este rol social y al mismo tiempo perjudican la convivencia de este sol con respecto a los demás ciudadanos, el estado lo puede reconocer dentro de un prejuicio social o grupo específico que es más propenso a ser delincuente.

Esto porque si se hace esa selección de un grupo social, es por la facilidad de reconocer los delitos que son grotescos, este tipo de violencia que no es de cuello blanco es más fácil de reconocer a simple vista dentro de un grupo en la sociedad, mientras que los

delitos que no son grotescos son muy difíciles de reconocer dentro de la sociedad, es por esto por lo que se hace una selección más amplia dentro del crimen grotesco.

Dicho lo anterior y dado que las normas que emanan del poder legislativo son punitivas y que los órganos del estado en su aplicación buscan de forma directa coaccionar y se basan en un grupo más específico seleccionado, es por esto por lo que la función del derecho penal es la de limitar el derecho punitivo del Estado como menciona Zaffaroni:

“El saber penal no se dedica a fundamentar el ejercicio del poder punitivo, sino que, por el contrario, su finalidad sería contenerlo para lograr una mayor efectividad del Estado de derecho”.

Zaffaroni nos dice que no hay un estado democrático perfecto ni mucho menos sociedades igualitarias dentro de un estado democrático, esto es una ideación que no se cumple en la realidad, pero que al mismo tiempo existe un estado que es policía que no quiere limitar el poder punitivo del estado sino más bien aplicarlo de manera indiscriminada, en este supuesto la función del derecho penal es la contención del poder punitivo de estado.

Esto porque cada nueva ley es una nueva arma que tiene el estado para aplicar por medio del estado policía el poder punitivo que enana de estos poderes.

Lo que no lleva de forma irremediable a que este poder no se pueda controlar, si el derecho penal en su práctica no trata de limitarlo, el derecho punitivo del estado se puede desbocar y volverse incontrolable.

### **Sobre la teoría Causalista clásica de Beling en el derecho penal**

En esta teoría tiene que existir una relación entre la causa y el resultado, mediante un ejercicio se puede comprobar la teoría del causalismo, si se suprime la causa y no se produce en resultado entonces no se configura el delito.

Esta se basa en un análisis de la causa como una acción externa y como efecto el resultado, este resultado se puede configurar en un delito, y para esto solo es necesario comprobar la causa y si la persona es culpable, cuando se acredite su acción como causa del

resultado, y este estudio se hace con la voluntad que existe en la acción desde la culpabilidad donde se puede revisar el dolo y la culpa de la conducta, según menciona Bacigalupo sobre la teoría del delito en la doctrina. Centro de información jurídica. Informe de investigación CIJUL. Universidad de Costa Rica.

Desde un punto de vista perjudicó el delito es una perturbación grave del orden social. Pero un concepto como éste no resulta adecuado a los fines de la teoría del delito. Esta tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico: descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que faciliten la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales. De esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho: la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá, por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto de delito.

En el causalismo clásico de Beling se puede hacer una revisión de las diferentes partes de la teoría del delito, ver como varían y evolucionan cada uno de sus puntos básicos individuales y sus diferencias con otras teorías del delito, podemos decir que según esta teoría el delito es una subdivisión de partes donde se puede estudiar la conducta o el acto en diferentes estadios los cuales son la acción, típica, la antijuricidad, y a culpabilidad, como menciona sobre el causalismo. Roger Guevara Vega, La teoría del delito en la doctrina. Centro de información jurídica, Informe de investigación CIJUL, Universidad de Costa Rica.

De acuerdo con esta teoría el concepto de acción es una "inervación muscular", un movimiento voluntario corporal que produce una modificación en el mundo exterior, sin importar el fin de esa voluntad, debido a que esa finalidad no le corresponde a la conducta, sino al análisis de la culpabilidad.

En otras teorías se utiliza esta misma fórmula, pero se van cambiando dentro de la subdivisión la forma en la que se manejan los institutos, lo cual hace que el análisis del delito

para cada momento del derecho se tenga que hacer de un modo diferente según la teoría que se utiliza.

La acción dentro del causalismo: En el causalismo la acción tiene que ser humana dado que solo se acepta el comportamiento humano de las actuaciones, esto quiere decir que excluye el comportamiento de los animales, y de las ideaciones jurídicas, como lo son las personas jurídicas.

Importante es que la acción dentro del causalismo tiene que ser completamente voluntaria esto por cuanto el acto tiene que ser una actuación humana, pero la voluntad se hace externa, excluye comportamientos reflejos, o que están bajo la influencia de medicamentos, o incapacidad donde el acto no está completamente gobernado por la voluntad, como una fuerza irresistible.

Sobre la tipicidad del causalismo inicialmente podemos decir que existe una diferencia entre el tipo y la tipicidad, el tipo es la norma escrita sustantiva, lo que está escrito en la norma jurídica y la tipicidad es cuando podemos relacionar la actuación de un sujeto o encuadrarlo dentro de este tipo penal, sobre la tipicidad en el causalismo, es el poder introducir la actuación del sujeto dentro de la norma penal.

Sobre la antijuricidad del causalismo: hablamos de una conducta que es antijurídica, es una conducta que es contraria a la norma penal, contraria a derecho, dentro de esta antijuricidad en su análisis podemos tener actuaciones que eliminan la antijuricidad de la conducta o causales de justificación, entonces podemos tener que la acción puede ser humana puede ser típica, también antijurídica pero puede tener causales de justificación, que eliminan la antijuricidad de la conducta, son casos en los cuales la actuación está avalada por el mismo derecho, por ejemplo, los casos de legítima defensa, o en el caso en el que se tiene que actuar como garante de ley, como lo sería un policía que en el cumplimiento de su deber tiene que accionar su arma de reglamento en el caso de estar en intervención de un delito.

Sobre la culpabilidad en el causalismo clásico: Es importante mencionar que el análisis subjetivo de la conducta como lo son el dolo y la culpa se verifican en la culpabilidad en el causalismo, en este punto es cuando se ve si el sujeto actuó con dolo la intención de cometer el delito o con culpa que es una falta a deber de cuidado, y es la relación psicológica

entre conducta y resultado, se analiza desde la culpabilidad, porque en esta teoría lo importante es analizar el acto y que sobre este haya un nexo con el resultado y de ahí la culpabilidad en la acción, no es de una importancia relevante porque el fin más importante es analizar la causa del resultado y no la parte subjetiva de la conducta, la parte objetiva está en la tipicidad y la antijuricidad, como menciona Roger Guevara Vega, "Sobre la teoría del delito en la doctrina". Centro de información jurídica, Informe de investigación CIJUL, Universidad de Costa Rica sobre el causalismo de la siguiente manera:

La teoría causalista concibe el concepto de lo injusto "partiendo de la distinción: objetivo "subjetivo". Es así como para el causalismo lo "subjetivo la interioridad", no tiene nada que ver con lo ilícito (injusto), sino que al injusto debía de pertenecer únicamente los elementos "externos, objetivos" de la acción. Mientras que los elementos internos-subjetivo pertenecen a la culpabilidad.

Entonces tenemos que el ejercicio de la voluntad de acción que causa un resultado dentro del esquema clásico del causalismo se configura en la culpabilidad, donde se relaciona la conducta y el resultado en forma de dolo y culpa, si la causa genera un resultado se configura la culpabilidad.

### **El causalismo Neokantiano**

En el causalismo Neokantiano se toma como base la misma teoría del delito con sus subdivisiones, pero se introducen cambios, dentro de sus institutos, el delito sigue teniendo un análisis dentro de la acción, tipicidad, antijuricidad, pero tiene variables a nivel de estas mismas divisiones del delito.

La acción en el neokantismo causalista sigue siendo una acción humana la cual se tiene que verificar, que no sea un animal o una ideación física como las sociedades anónimas, pero se introduce un nuevo cambio en esta subdivisión y la cual sería la omisión.

La omisión para los neokantianos es un no hacer, así como en la normativa que nos dice no haga determinada acción, en este caso es más bien el no cumplir con esta conducta y no hacerlo, en el caso del causalismo siempre tiene que haber un resultado, porque se tiene

que hacer una conexión entre la causa y el efecto que se produce, o sea, la omisión y el resultado de esta omisión.

Esto inicialmente plantea un problema para los delitos de tentativa en los cuales no se produce un resultado y por tanto no se puede hacer este análisis del nexo causal, del mismo modo puede haber una omisión por comisión o más bien una omisión impropia por injerencia, donde el peligro que genera el sujeto el mismo está en la obligación de cuidarlo, entonces tenemos el caso del descuido de animales, el sujeto está en la obligación de cuidar a un animal peligroso y si en el caso se produce un resultado dañoso, entonces estamos ante una acción que no es humana, pero que se transmite a la persona que descuidó el animal y produce el resultado.

En cuanto a la tipicidad, sigue siendo una de las partes objetivas de la teoría del delito donde se hace una descripción del hecho por medio de la norma, y el análisis cae dentro de si la actuación se puede encuadrar dentro de este tipo penal.

En cuanto a la antijuricidad sigue siendo una parte objetiva dentro de la teoría del delito causalista, esta nos dice si la acción o conducta el sujeto fue contra el derecho, y si esta conducta puede tener alguna causal de justificación, como las anteriormente nombradas, legítima defensa, o deber de garante un policía en cumplimiento de su deber, se agrega también que para que la conducta sea antijurídica tiene que violar bienes jurídicos tutelados como por ejemplo la propiedad, o la libertad.

En cuanto a la culpabilidad se genera un cambio porque anteriormente en el análisis clásico de la teoría del delito la causalidad, era la simple relación entre el acto y el resultado de este mismo, los neokantianos introducen un cambio en este concepto y ya no es simplemente el nexo causal de la acción y el resultado, si no que más bien se habla de un reproche que se le hace al sujeto por la conducta que pudo o debía no cometer, el dolo y la culpa siguen siendo elementos subjetivos del análisis y se ven dentro de la culpabilidad como menciona Roxin en la siguiente obra Roxin, C., Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Ed civitas. trad. de la 2ª ed. Alemana. 1997

Frente al naturalismo propio del pensamiento penal del siglo XIX, modelado por el ideal de exactitud y objetividad de la ciencia natural, “el sistema

neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana, muy influyente en las primeras décadas de nuestro siglo (Windelband, Rickert, Lask), y que, apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu, considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores”.

### **La teoría del delito en el Finalismo de Welzel**

Este tipo de análisis de la teoría del delito es el que se pone en práctica en nuestro medio y la mayoría de los países con un derecho de aplicación Romano-Germánico, en sus legislaciones de la misma manera toma como base esta estructura del delito y le incluye distintas subdivisiones, una forma de evolución del ejercicio de imputación de un delito.

En la construcción de esta teoría finalista del delito se le hace una serie de reformas que operan de una forma completamente distinto a las anteriormente mencionadas.

Inicialmente, la acción en esta teoría es finalista, la acción es igualmente voluntaria, pero se excluye ese análisis principal de nexo causal, entre la actuación y el resultado, por lo que la acción no es solo un proceso causal dependiente de la voluntad, sino más bien el ejercicio de la actividad final, y este final se explica cómo querer las consecuencias del comportamiento, de prever el resultado de esta acción, se conduce mediante un plan de acción que se inicia desde que el sujeto piensa su objetivo, y elige los medios, podemos decir que se puede estar en un estadio de pensamiento, donde todavía esto no se configura como un delito, pero luego pasa a los actos de ejecución y se convierte la conducta en delito.

El agente tiene como finalidad que se cause el resultado o más bien su finalidad es causar este resultado, es por esto por lo que no se hace un análisis de imputación con base en un nexo causal, el nexo causal es más la parte objetiva del tipo penal donde se hace una imputación objetiva.

Como parte de esta teoría también se introduce la omisión, la cual busca un resultado, pero por un medio que es distinto este sería el no hacer, por lo que no se le puede hacer un

ejercicio de nexo causal, de imputación objetiva, pero es importante mencionar que si se requiere que se tenga el resultado como finalidad de la omisión.

Esta omisión puede ser pura o propia: en la cual la omisión está tipificada y no se requiere un resultado específico.

También tenemos la comisión por omisión en la cual se tiene siempre un deber de garante y si necesita el resultado para configurar la omisión.

En cuanto a la tipicidad se da un cambio muy importante en el finalismo y es que la acción tiene que ser típica estar dentro de la normativa penal sustantiva, pero al mismo tiempo se mueve la culpa y el dolo a la tipicidad, ya el análisis del dolo y la culpa como parte subjetiva no se hacen desde la culpabilidad, los elementos subjetivos se ven desde la tipicidad, ya no se hace el análisis de la culpabilidad como un nexo causal entre la acción y el resultado, sino más bien desde la norma jurídica se ve si el delito que cometió fue con la intención de finalidad o como una falta al deber de cuidado desde el tipo penal.

Sobre la antijuricidad: del mismo modo se puede ver si la conducta es contraria al derecho o si esta tiene causales de justificación de la conducta que eliminan la antijuricidad.

Sobre la culpabilidad con el traslado del dolo y la culpa a la tipicidad de la conducta, la culpabilidad queda como el reproche que se le hace al sujeto por la acción que podía o debía no hacer o realizar.

El finalismo es de acto y no de persona, por lo que la imputación se hace directamente al acto y no a la persona de esta forma no se entra a analizar las características físicas o se hacer un prejuizamiento de la persona física, sino más bien del resultado que se configuró con su actuación.

Es importante el concepto de bien jurídico dentro del derecho penal y su finalidad, que es la imposición de barreras infranqueables al Estado en el desarrollo de sus políticas represivas, lo cual confiera mayor extensión de la esfera de autonomía de las personas.

Este concepto de bien jurídico impone una limitación mayor a la potestad punitiva del estado, es por esto por lo que la pena provoca el restablecimiento de la confianza y de

fidelidad al derecho por parte de los ciudadanos, esto hace que el Estado se vuelva excesivamente punitivo y el bien jurídico es que el permite limitar este poder del estado.

Dentro de la sociedad también tenemos tolerancia a ciertos comportamientos que producen un riesgo que dentro de la convivencia es permitido, este riesgo se permite en pro del crecimiento económico y las necesidades de producción masiva y esto es lo que hace que el Estado tienda a una práctica de normativizar todo, y que se exija un control más rígido del derecho penal por parte del ciudadano, como nos dice Cecilia Sánchez. Derecho Penal aspectos teóricos prácticos, editorial Juricentro. 2009 de la siguiente forma...

El bien jurídico y su eventual lesión, son requisito o fundamento básico para poder establecer o eliminar la selección de una conducta como delito y conminarla con una pena.

### **Funcionalismo moderado de Claus Roxin**

Es una orientación dogmática que parte del pensamiento del profesor Claus Roxin en respuesta a las políticas siempre existentes, entre las teorías causalistas y funcionalistas cuestionando los inconvenientes en los que se había sumergido las discusiones doctrinarias sobre estas teorías ya elaboradas y su manejo del delito, lo que hace esta nueva practica de Roxin es aplicar una realidad social y todas las aplicaciones abstractas en las que habían caído estas teorías anteriores como nos dice Manuel José Arias Eibe “funcionalismo penal moderado vs. funcionalismo radical”, Universidad de la Coruña, España, de la siguiente manera:

Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas adoptadas al margen de la realidad social producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica.

Roxin trata de superar esta incomunicación entre la doctrina y la realidad social, e introduce un sistema más abierto, en el cual el derecho penal se relaciona con la política criminal, para tratar de dar soluciones prácticas.

Roxin no renuncia a las categorías desarrolladas por la dogmática anteriormente, pero si trata de darle otra visión o de reconstruirla en cuanto a la tipicidad, antijuricidad y la

culpabilidad, por ejemplo, la teoría de la imputación objetiva de Roxin no pretende cambiar la causalidad sino más bien mejorar sus institutos.

Es importante mencionar que las teorías de Roxin van muy ligadas a los fines de la pena, y sobre una construcción del bien jurídico, que hace referencia a los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución y forman parte del sistema social el cual debe estar apegado a la Constitución.

En este caso para Roxin un bien jurídico es todo eso que hace posible el desarrollo del individuo o el sistema social, entonces está en su construcción determinado que el injusto se caracteriza a estos bienes útiles de los individuos en sociedad, o para el sistema en general.

En este caso se distingue la antijuricidad formal y material, ligada en su análisis a los bienes jurídicos tutelados.

De este modo una conducta será típica cuando se violen estos bienes jurídicos tutelados, se lesionen o se pongan en peligro, y también que exista una infracción al deber normativo.

Para Roxin el derecho penal tiene una función de prevención del delito dentro de la sociedad y una de sus funciones o la más importante es bajar el nivel de criminalidad a números aceptables o en todo caso evitarlo, por eso para Roxin el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar sino más bien la prevención, en una modalidad de prevención especial y prevención general.

Roxin dice que la pena es insuficiente para luchar contra la criminalidad en especial si se habla de las penas privativas de libertad, las cuales son problemáticas, él propone nuevas sanciones de orden social constructivo como una estrategia de prevención global del delito y para esto el derecho penal sirve como una de sus herramientas.

Según Roxin dada la existencia del delito en la sociedad no puede obviarse la existencia de un derecho penal como regulador, pero se debe encauzar el accionar del derecho penal a un servicio para la sociedad, esto con la intención de tener un sistema penal más social y justo es por esto que el Estado por medio de sus políticas debe tener un accionar efectivo en la prevención del delito por medio de una política criminal dado que la solución no es la represión de la conducta, sino más bien la prevención de esta.

Roxin propone como medidas alternativas a la aplicación de penas privativas de libertad, medidas alternativas de la pena, como lo serian, trabajos a favor de la comunidad, arresto domiciliario, vigilancia por medios electrónicos, suspensión o pérdida de documento para conducir, y multas en lugar de penas privativas de libertad.

Pero al mismo tiempo Roxin reconoce que las penas privativas de libertad son necesarias para los delitos graves, o reincidentes que él llama incorregibles, pero reconoce que estas medidas no son suficientes para luchar contra la criminalidad, aun así, reconoce que, al no poder desaparecer el delito de la sociedad, es necesario el derecho penal como medio de contención de esta violencia criminal y evitar la anarquía que supone el no tener un ordenamiento penal, señala en. Claus Roxin. “Política criminal y sistemas de derecho penal lo siguiente” 2 edición. Ed, Hammurabi SRL. Buenos Aires, 2000.

El Derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, para el profesor de Múnich la consideración de que con penas más duras se pueda lograr una reducción considerable de la criminalidad es considerada como errónea.

Roxin expone que para los delitos de criminalidad grave sí es necesaria la pena de privación de libertad, pero aun este piensa que en estos casos, no es de mucha ayuda el encerrar a una persona en cuatro paredes y separarlo de la sociedad y que de todas maneras la cárcel sea su iniciación para una vida delictiva, para el autor esta es una respuesta necesaria, pero que no se justifica, en el caso de delitos menos graves y que no necesitan privación de libertad es necesario hacer un programa de reinserción para este tipo de delincuencia, y que esto no se convierta en una delincuencia que gradualmente puede empeorar en los individuos.

Se tiene que orientar la política criminal hacia el derecho de la constitución en una estrecha relación con el derecho penal, esto porque la constitución defiende derechos fundamentales que están estrechamente ligados a los bienes jurídicos tutelados de las personas en la sociedad y cuando se comete un delito, lo que se tutela en esta violación normativa es la inobservancia de esta normativa constitucional y al mismo tiempo la normativa penal.

Sobre la tipicidad en el funcionalismo moderado se gobierna por el principio de legalidad, esto nos quiere decir que si una conducta se califica como delictiva tiene que estar dentro del marco de la norma sustantiva y dentro de esto el órgano encargado de crear la norma es el congreso.

Sobre esto se presenta una problemática que son los tipos penales en blanco donde no hay una definición textual explicativa en la parte sustantiva de la norma.

Sobre la antijuricidad de la conducta, existen causales de justificación, estado de necesidad, legítima defensa, pero la definición que hace Roxin es sobre un conflicto de intereses y estos intereses se describen en la constitución y por tanto, tienen que encontrar su solución por medio de la constitución.

Sobre la culpabilidad Roxin la sustituye por la responsabilidad, el hombre vive en sociedad y vigilante de las normas jurídicas y su cumplimiento, el desvío de este rol dentro de la sociedad lleva a un incumplimiento de derechos fundamentales que son transversales en la constitución de la cual todos tenemos que ser observadores, por tanto, se entra en un conflicto con la constitución.

La responsabilidad dice Roxin que un hecho punible necesita pena, más si el delito es grave, el fin de la pena es la prevención, pero esta no llega a solucionar el problema de la delincuencia en la sociedad, por tanto, se deberían de poner en práctica otros métodos preventivos de la delincuencia.

Roxin también nos habla de la teoría de la equivalencia, dado que a diferencia del causalismo él hace una explicación distinta del nexo causal y lo lleva a la imputación objetiva.

Esta teoría de la equivalencia tiene cuatro partes una causal y tres normativas, la primera parte es el nexo causal, la causa y el efecto que se produce con la realización de un delito, en el nexo causal si se suprime el aporte y se deja de producir el resultado, entonces no hay un nexo causal.

En la segunda parte es cuándo con la acción que se lleva a cabo por parte de sujeto se crea un riesgo desaprobado.

Cuando se lleva a cabo el hecho se da la realización del riesgo en el resultado, hay una relación del hecho con el resultado.

Y el alcance de este hecho con el tipo penal, tiene que haber una relación con la parte sustantiva penal, lo que dice la norma.

Roxin redefine la culpabilidad por cuanto hay necesidad de una pena esto es la responsabilidad por la comisión del delito, es por eso por lo que hay una unión de la teoría del delito con la teoría de la pena, la pena es una prevención para que no haya delitos, con protección subsidiaria de bienes jurídicos.

### **Sobre la teoría de la imputación objetiva dentro del funcionalismo**

La teoría de la imputación objetiva analiza cuando un resultado conforme a la teoría de las equivalencias de las condiciones fue producido por una conducta o no, puede ser atribuido a esta conducta, esta teoría se analiza desde el tipo penal.

Dentro de los delitos a los que se les puede hacer este análisis de imputación objetiva están los delitos de resultado y delitos de peligro no así para los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto, no cabe la imputación objetiva, porque en estos no se produce un resultado en el cual se puede hacer el análisis de imputación.

Se puede decir que la imputación objetiva es utilizada como un examen de causalidad, pero no se tiene que entender esto como un simple análisis del nexo causal, sino también la existencia de una intención o previsibilidad del acto que se realiza.

Según Roxin la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos y por tanto, aspira a fundar la imputación objetiva en todas sus formas típicas, en la producción o el aumento de esos riesgos y en la realización de estos en el resultado típico.

Para tener criterios de imputación no resulta suficiente imputar el resultado a un autor, debe existir un proceso de selección y depuración de factores causales jurídicamente

relevantes, extraídos del derecho penal que nos permitan en el plano objetivo, delimitar esta parte de la causalidad estos serían:

1) La creación de un riesgo no permitido: este permite resolver casos en donde no hay creación ni incremento del riesgo porque el resultado se hubiera producido de igual forma, aunque el actor hubiera actuado con la diligencia debida, ejemplo, un chofer que atropella a un ciclista que estaba embriagado, aun si es a mayor o menor velocidad siempre se hubiera producido el atropello.

2) La realización de ese peligro o riesgo no aceptado en un resultado: permite excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos, por ejemplo, si se quiere matar a una persona, pero no la mata la hiere, y esta persona viaja en una ambulancia que va al hospital la ambulancia tiene un accidente y el herido muere por este accidente.

3) La producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de una norma infringida: permite solucionar casos en donde aunque el autor ha creado un incremento en el riesgo que produce un resultado lesivo, este no se le imputa porque no se produjo dentro del ámbito de protección de la norma, ejemplo una persona que deja una pistola al alcance de una persona depresiva quien se suicida con ella, la infracción al deber de cuidado de quien dejo la pistola no puede considerarse como una conducta incluida dentro del tipo penal.

### **La teoría del riesgo de Claus Roxin**

El cambio que se quiere introducir en la dogmática por parte del profesor Roxin con base a las limitaciones de las teorías causalista y finalista en hacer un buen análisis de la teoría del delito, propone la imputación objetiva, y esta se analiza desde el tipo penal, se le añade un componente social a la imputación que se le hace a un sujeto por un delito, como menciona Cecilia Sánchez Romero, Derecho Penal aspectos teóricos y prácticos, editorial Juricentro, 2009

En el marco del funcionalismo esta es la primera de las teorías de la imputación objetiva. Para Roxin, la imputación al tipo objetivo es solo un problema de la parte general del derecho penal, cuando este último requiere un resultado en el mundo exterior, separado de la acción de autor, es decir,

cuando conforme a las reglas generales, se debe decidir si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al imputado.

Se tiene una acción en relación con el tipo objetivo, y esto porque la parte objetiva del tipo es la parte que se exterioriza, y esta acción que se realiza al vivir en una sociedad conlleva riesgos, pero para que todas las personas se desenvuelvan dentro de la sociedad esta tiene que tener al mismo tiempo riesgos que son permitidos, esto porque al generar actividad esta simple forma de actuar puede llegar a generar un riesgo, pero este se tiene que permitir si se desea convivir en una sociedad que necesita del movimiento normal de sus miembros.

El manejar un carro significa un riesgo, un riesgo que no se puede evitar porque el simple hecho de vivir en una sociedad nos obliga a movilizarnos diariamente, este riesgo mediante reglas de la misma sociedad, mediante intervención del Estado se puede disminuir, mediante la adquisición de un seguro contra accidentes, o la regulación de pruebas teóricas y prácticas para obtener la licencia que permita conducir, y esto asegura una pericia mínima a la hora de decidir conducir el automóvil y crear ese riesgo que es necesario.

Es por eso, que este riesgo es permitido, en el sentido de que los mismos miembros de la sociedad y las autoridades del Estado lo consideran tolerable.

Las personas en una sociedad pueden aceptar el riesgo que conllevan las actividades diarias, pero al mismo tiempo como regla social se tienen que mantener dentro del riesgo permitido, para la actividad que cada uno de esos miembros realiza de manera independiente, si la persona dentro de los parámetros permitidos dentro de una actividad de riesgo, provoca una acción donde el resultado es lesivo, no se le puede imputar el resultado dañoso, por estar dentro de los parámetros permitidos para su actividad que genera un riesgo.

Caso distinto es si la persona causa un resultado lesivo, pero dentro de su actividad de riesgo permitido, esta sobrepasa los límites de esta, generando un riesgo que va más allá de lo permitido y por esto causo el resultado dañoso, entonces a este sujeto si se le puede imputar esta acción cometida con resultado lesivo.

Si una persona conduce un carro, sin licencia de conducir, que es uno de los requerimientos para disminuir la actividad riesgosa permitida, la persona supera los límites de la actividad riesgosa permitida y se puede sancionar, o manejar a una velocidad mayor a

la permitida para circular, esta actividad también excede la actividad riesgosa permitida, en este caso de resultar una actividad donde ocurre un daño a este sujeto se le puede imputar.

Diferente es el análisis que se puede hacer de la situación si el sujeto que realiza la actividad riesgosa está dentro de los límites permitidos, realizando su actividad, pero es la víctima la que se pone en peligro ante la situación, acá el sujeto que realiza la actividad dentro de rango de riesgo no es imputable, porque sería culpa de la víctima, si un conductor maneja dentro del rango de velocidad, con todos sus documentos al día, y un peatón decide cruzar por la calle cuando hay puentes elevados que, permiten cruzar la calle sin riesgo, en este caso es la persona que decide cruzar la calle, la que tiene la culpa por su actividad realizada de ponerse en peligro, por tanto el conductor no es imputable.

Caso diferente es si este conductor después de ingerir licor decide tomar las llaves de su carro y manejar, este sobrepasa el riesgo permitido y pone dentro de su actividad un riesgo que involucra a los demás miembros de la sociedad.

Es importante saber que dentro de esta teoría la imputación se hace dentro del tipo objetivo.

Cuando se utilizan dentro de la imputación objetiva criterios normativos, el primer análisis que se hace dentro de esta teoría de la imputación objetiva, es la teoría del riesgo permitido, es por esto que se le da una atribución de sentido social a la imputación del sujeto dentro del tipo penal a la actuación.

Este sentido social entra en contradicción con los sistemas causalistas y finalistas de la teoría del delito porque según el autor del funcionalismo moderado Roxin, ni el causalismo ni el finalismo logran explicar de manera convincente la relación entre la acción y el resultado.

Roxin dice que esta relación de acción y resultado no se puede explicar o resolver mediante una solución de una relación ontológica previa.

Esta imputación se puede lograr por dos vías, una crear un riesgo no permitido o aumentar uno ya existente y este riesgo a su vez se relaciona dentro de una norma penal por lo que es penalmente relevante, y de esta forma poder determinar cuando una lesión a un bien jurídico por parte de un sujeto mediante su actuación es imputable o cuando no es imputable

dentro de los límites del riesgo, como lo explica en su ensayo, Giovanna F. Vélez Fernández, “La Imputación Objetiva fundamento y consecuencia a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”.

Roxin, a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza la teoría de la imputación objetiva, del siguiente modo, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo, cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.

Para el sistema funcionalista se entiende por imputación objetiva el conjunto de normas jurídicas que sirven para regular el nexo causal que pertenece a la parte objetiva del tipo y esta tiene una relación con el riesgo socialmente permitido, si se aumenta el riesgo y se produce un resultado de lesión el sujeto que lo produce es imputable, siempre que esta conducta se pueda ubicar dentro de la parte objetiva de la norma penal.

### **Sobre la teoría de los roles de Gunther Jakobs**

Este autor presenta una abierta crítica a los conceptos anteriores bajo los cuales se construyó la teoría del delito, más directamente sobre el causalismo y el finalismo, en donde se pone énfasis en la lesión al bien jurídico tutelado.

Este autor considera que los conceptos básicos del derecho penal no pueden salir de bases ontológicas ni provenientes de las ciencias naturales, según Jakobs la imputación se debe elaborar con un componente social y este sería de acuerdo con la forma que está organizada la sociedad y con base en los fines y funciones que cumple la aplicación del derecho en la comunidad organizada como nos mencionan. Felipe Lamas y Lucas Scali. Ensayo “Una teoría para nada fuera de lo común, Teoría de Roles, 2015, de la siguiente manera,

En la imputación objetiva del comportamiento es un dato objetivo el que se imputen desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al

portador de un rol. Teniendo en cuenta este dato, cabe destacar la tendencia actual de la dogmática penal que busca, cada vez más, brindar distintas explicaciones de la teoría del delito desde la imputación objetiva.

De esta manera las estructuras de la responsabilidad penal varían según los modelos sociales, la sociedad no puede ser comprendida como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos porque estos bienes están constantemente expuestos al peligro y su función dentro de la sociedad es tan cambiante que pueden llegar a entrar en un conflicto.

Por lo que la práctica lo que dicta es que más bien se debe facilitar una interacción entre estos bienes jurídicos por medio del intercambio de bienes y servicios, y estos grupos que ofrecen estos servicios se les constituye roles dentro de la sociedad.

A cada persona se le señala una forma de vida y conforme a esta relación se generan una serie de deberes y obligaciones que determinan este rol social, sobre este rol se determinan límites para el riesgo que se puede realizar y cuando estos límites no se pueden cruzar, el ciudadano se tiene que comportar dentro de estos parámetros, para no defraudar las expectativas sociales, aun cuando este ponga en riesgo bienes jurídicos tutelados.

Si la persona está en contacto con otros miembros de la sociedad cada grupo de personas de manera individual va a tener roles perfilados, estos roles tienen expectativas recíprocas, así que en los delitos de omisión se denomina al portador de este rol como garante, y solo responde penalmente en el marco de su posición de garante, es por eso la imputación objetiva es la constatación de quien es el garante en ese rol que se sobre paso, al garante le atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía.

Para Jakobs esto vale tanto de los delitos de acción como los de omisión, pues este delito es la defraudación de la expectativas que genera la posición del sujeto dentro de la sociedad, normativamente no existe diferencia entre acción y omisión, porque en el plano del tipo objetivo, no existe diferencia entre la acción y la omisión, ni entre el delito doloso y culpa, en esta teoría la tipicidad se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y en la realización de ese riesgo.

**Según Jakobs hay dos grupos en los cuales se puede ubicar esta teoría:**

1) El grupo de las personas que modifican el mundo, dentro del cual estas hacen uso de su libertad y modifican el mundo, estos son los encargados de configurar los cambios sociales, pero en su interacción con otras personas, deben tratar de no introducir riesgos insoportables para los otros miembros, es un rol de ciudadano que puede exigir no ser dañado por otro ciudadano, pero este del mismo modo no puede dañar a otros.

La expectativa de no dañar a otros significa que las personas llevaran a cabo sus actividades o empresas de un modo correcto, si se atiende a ese marco de actuación, su conducta no defraudara las expectativas, es decir, que no constituirá un delito, aun cuando esta actuación acarre consecuencias negativas.

Conducir un vehículo es arriesgado, pero se encuentra dentro del riesgo permitido, del mismo modo es riesgoso construir casas, explotar servicios de transporte público, desarrollar actividades industriales, no obstante, por los beneficios que estas actividades reporta, son históricamente aceptadas por la sociedad.

2) El segundo se trata de los roles especiales, que obligan a su titular a configurar un mundo en común y por tanto, hacer llegar a un ámbito de organización ajena, determinadas prestaciones siempre que sean necesarias, con independencia de donde resida la causa de su necesidad, este grupo se trata de las organizaciones sociales que obligan a la solidaridad, por ejemplo la relación de padres hijos, el matrimonio, las prestaciones estatales, aquí se habla de un rol de garante dentro de una institución.

Un suceso se explica mediante la imputación objetiva cuando el riesgo de quien debe responder es quien interviene y se define como una condición decisiva las restantes condiciones se toman como adecuadas socialmente como nos dice Ítalo Reyes Romero. Ensayo. “Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva”, Universidad de Chile, 2015, de la siguiente manera:

El riesgo permitido nada tiene que ver con la manera en la cual se exterioriza la acción como resultado que satisface una descripción típica, sino con la capacidad del autor de evitar conforme a cuidado una situación de inevitabilidad de infracción del deber. O sea, el riesgo permitido excluye únicamente el injusto de la acción<sup>60</sup>, pues afirmar que alguien actúa en el

margen permitido sólo puede significar que aun cumpliendo las exigencias del cuidado la producción del resultado lesivo resulta inevitable. No existe, por tanto, ni la infracción del deber de acción propia de la imputación dolosa ni la infracción de la incumbencia propia de la imputación a título de imprudencia, siendo imposible la responsabilidad penal.

### **Los criterios de imputación objetiva tienen dos raíces:**

1) Garantizar la seguridad de expectativas conforme a los roles, por lo que no puede imputarse el comportamiento que es socialmente adecuado a pesar de producir daños.

2) Sirven la forma de regulación predominante en el derecho penal que son los delitos de resultado.

**Las instituciones dogmáticas que usa Jakobs para regular la imputación objetiva son las siguientes:**

#### **El riesgo permitido**

1) La conducta tiene que entrañar un riesgo no permitido, esto según la configuración social, que sería la fuente para determinar la permisibilidad de la conducta o el riesgo dentro de la configuración social, según el momento histórico como se explicó anteriormente

#### **2) Prohibición de regreso**

Cuando varias personas desarrollan un riesgo en común se divide en dos cuestiones parciales, según Jakobs, cuando varias personas emprenden algo en común, esta comunidad no es ilimitada, ejemplo la comunidad entre el deudor y el acreedor no es ilimitada si no que se limita al pago de una suma de dinero para cancelar la deuda, de manera que si el acreedor recibe el dinero, y lo usa para comprar un arma y cometer un delito, esto no es imputable al deudor, aun cuando este última tenga conocimiento de en qué se iba a utilizar el dinero que pago, pero este conocimiento con le corresponde a su rol de deudor.

A nadie que se encuentre en una comunidad restringida se le tiene que reprochar como continua cuando continúa actuando otro sujeto por su propio arbitrio, por lo que únicamente es asunto del otro.

Prohibición de regreso es por ende, el nombre que se emplea para expresar que otro sujeto, no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar, un sentido lesivo de la norma. No se puede retroceder en un curso causal para imputarle a una persona, las consecuencias de un resultado que ha sido originado por el comportamiento ilícito de un tercero, en otras palabras, no se puede ser imputado por las conductas dolosas o culposas de un tercero sobre el cual no se tiene control.

### **3) Principio de confianza**

Este principio según la doctrina alemana implica una limitación a la obligación de cuidado, y vale principalmente para los resultados culposos, implica que el autor de un hecho puede confiar en el correcto comportamiento de los demás y esta confianza implica un riesgo permitido, si se produce un resultado por una acción culposa de otro.

Si bien se aplica en el campo de la circulación vehicular dicho principio puede ser aplicado para disminuir o limitar las exigencias de cuidado en cualquier caso en que las acciones peligrosas, se realicen mediante la división del trabajo, se responde penalmente por conductas que están dentro del ámbito de competencia, porque no forma parte de la competencia del ciudadano y su rol el controlar todos los peligros que pueden originar las conductas de terceros, ejemplo, un cirujano utiliza un bisturí con la confianza de que ha sido correctamente esterilizado, o la confianza de la persona que saca el carro del taller y confía en que sus frenos fueron correctamente reparados, de tener que controlar las obligaciones de otros no podríamos cumplir con nuestros propios roles.

La pregunta de cuando se hace este reparto de responsabilidades debe contestarse con base en el orden concreto de que se trate, en decir al ordenamiento específico, el ordenamiento de tránsito, a las reglas del equipo médico que efectúa una operación, las disposiciones sobre el personal de una compañía de vuelo, como lo menciona seguidamente Gunther Jakobs en el Ensayo de. Estuardo Montero Cruz “El Funcionalismo Penal. Una Introducción a la teoría de Gunther Jakobs, Universidad Nacional del Sur, Buenos Aires, 2008.

“Este principio se excluye si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o esta dispensada de su responsabilidad, en materia de tráfico vehicular no podemos confiar que los niños pequeños respeten las señales”.

#### **4) Actuación en riesgo propio o competencia de la víctima**

Para Jakobs se excluye la imputación objetiva en casos de acuerdo, este comportamiento excluye el tipo.

Numerosos bienes jurídicos tutelados están sujetos a su titular, en cuyo caso su consentimiento excluye la realización del tipo, no hay daño si alguien destruye una puerta con consentimiento del dueño, si dicho consentimiento es de quien tiene la atribución para darlo, se presta en una situación de necesidad, por ejemplo, huir de un incendio y el dueño manda a romper la puerta, para que haya imputación el sujeto que realiza la acción debe destruir el bien o dañarlo sin el consentimiento del titular, o de modo imputable por coerción o engaño.

#### **El funcionalismo de Gunther Jakobs**

Jakobs en su teoría sobre la pena estatal, refiere que la pena era entendida como un mal, pues la secuencia externa del hecho, delito y pena se producirá según la expresión de la irracional secuencia de dos males, un hecho que contradice la norma, y la pena entendida como una respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación entre ambas. Pero la pena es la muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable, de ahí surge un mal, pero la pena no cumple su cometido con tal efecto, sino solo estabilizar la norma que fue lesionada.

El destinatario de la pena no es el delincuente, sino más bien el conjunto de ciudadanos que tiene ciertas expectativas de lo que la norma expresa mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por esto tiene sentido que Jakobs afirme que la pena funciona a costa del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche al mismo delincuente.

Jakobs no incluía en su teoría de la pena la retribución, en el 2004 da la última versión de su teoría de la pena en la cual integra el dolor de modo pleno en su teoría y se explica de la siguiente manera:

“es palmario que el hecho de infligir un dolor penal puede ser comprendido como el símbolo de una contradicción, sin embargo, permanece sin resolver la cuestión del porque se elige infligir dolor como símbolo y no otra cosa, se

puede tener en cuenta que el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito, porque es necesario además de un dolor producido por la pena. La pena se mueve en el plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos.

Para Jakobs el delito es una comunicación defectuosa, es una defraudación de expectativas no una lesión de bienes jurídicos, que lesiona la vigencia de una norma, por lo que la imposición de una pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa. La pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque están en un error, o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa deliberadamente al margen de ellas. Pero no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla.

El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que el defecto está en el actuar del otro como se cita a Gunther Jakobs. En el libro. Dr. Rafael Márquez Piñero. “El Pensamiento Jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann, Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1999.

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad, por ello el derecho penal no puede reaccionar en cuanto un hecho que sea lesión de un bien jurídico, sino solamente en cuanto a un hecho que sea el quebrantamiento de una norma, a su vez no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación de expresión de sentido entre personas, son muchos añade Jakobs, los que piensan que este programa de una teoría normativa del derecho penal, se expone a tres objeciones: 1 se dice que padece de un punto de partida crítico hacia el sistema social 2 se dice que hace falta lo ontológico o la estructura lógico material y 3 se dice que falta el sujeto, y continua el maestro las tres objeciones se formulan con razón, 1) desde la perspectiva aquí defendida se opta expresamente por intentar lo que hay antes

de pasar a la crítica 2) para ello lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación normativa, no el medio que la circunda, y 3) en consecuencia lo subjetivo solo tiene relevancia secundaria.

Jakobs de esta manera determina que el derecho penal confirma la identidad social y no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye ese mantenimiento. Por lo que al derecho penal constituye una tarjeta de presentación de una sociedad altamente expresiva, existe una dependencia recíproca entre la sociedad, y el derecho penal cabe asumir al derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social.

Desde su concepción el derecho penal no está orientado al orden de lo materialmente justo, sino que este derecho se justifica para su prestación para el mantenimiento del todo social y este se ha desarrollado por la comunicación, para Jakobs las normas jurídicas serían expectativas del comportamiento contra fácticamente estabilizadas, el delito una comunicación defectuosa que quebranta la vigencia de la norma, la pena, es un instrumento de aseguramiento contra factico, y cognitivo de la vigencia de la norma.

Jakobs entiende que la sociedad se constituye a partir de las normas, pues la sociedad se mantiene por las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo, y en consecuencia a partir de esas normas alcanzan su identidad las personas, por lo que sin las normas no hay sociedad, y perderíamos nuestra identidad de personas quedando como simples seres humanos, con un código de satisfacción e insatisfacción, y por lo tanto, al derecho penal le correspondería la función de la parte más esencial y básica de tales normas, que estructuran la base de lo social.

Cuando hacemos un análisis de las teorías anteriores en el causalismo, tiene que haber un nexo causal entre la acción que se cometió con el resultado producto de esta acción, si se suprime la acción y desaparece el resultado, entonces tenemos un delito.

En el finalismo, sabemos que la parte objetiva y subjetiva de la acción están en el tipo penal y que esta acción tiene que ser voluntaria, tiene ser con una finalidad, no es solo por la

comprobación externa causal que tiene relevancia típica, se tiene que hurgar en cual fue la intención del sujeto que quería este, o sea, cuál era su finalidad con base en la relación subjetiva.

En el funcionalismo no depende de la acción externa causal, ni de la acción con un resultado finalista, sino más bien de una valoración normativa o anti normativa de la conducta.

Es el contexto de la acción según las expectativas sociales es el funcionamiento social de las personas que en esta tienen deberes y derechos.

El funcionalismo no va a la parte psicofísica, lo que vio o pensó, lo que importa es lo que significa su conducta desde un punto de vista normativo, llamado juicio de imputación objetiva, si la conducta es atípica y él no está obligado porque no tiene una obligación de garante que surge de la norma, entonces no está obligado desde la parte normativa a realizar esta actuación de garante dentro de su rol en la sociedad.

En la culpabilidad se analiza la responsabilidad por los hechos propios no por los hechos que cometieron terceras personas.

El funcionalismo se basa en el comportamiento de la persona en el sector social concreto en el que se desarrolla y si este comportamiento viola o no el tipo penal, primero se analiza la parte objetiva del tipo y después la parte subjetiva, y por eso es importante el rol social de las personas dentro de la sociedad, como conjunto de derechos y deberes en el contexto.

El rol delimita esferas de competencia y cuál es el segmento en el que se desempeña cada individuo Jakobs nos ilustra el caso con un ejemplo de la imputación objetiva, en su libro de derecho penal general. Y lo discute, Dr. Luis E Chiesa, “El caso del camarero Malvado” academia Edu. 2016.

Un estudiante de biología va a clases a la universidad en las mañanas y por la noche tiene un trabajo como mesero en un restaurante para pagar su carrera universitaria, esa mañana en la clase de biología le enseñan como parte del programa los tipos de hongos venenosos que existen y pueden matar, el estudiante en su trabajo nocturno tiene que atender una mesa y cuando lleva

los platos se da cuenta que uno de estos tiene los hongos venenosos sobre lo que el aprendió en la mañana en la clase de biología, el estudiante decide no advertirle al comensal sobre el tipo de hongos que le sirvieron y el comensal muere, en este caso el estudiante dentro del análisis del funcionalismo no es imputable, porque este con el comensal no tiene un deber de garante social, y el hecho de que este sea estudiante de biología no lo obliga dentro de su trabajo de mesero, a aplicar sus conocimientos como estudiante de biología, en todo caso se puede hacer un estudio sobre una falta al deber de auxilio que tiene las personas dentro de toda sociedad, pero no porque tenga un deber como estudiante de biología de ayudar al comensal porque este no es su rol dentro de la sociedad.

### **El derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs**

El termino fue empleado por Jakobs, pero no fue inventado por él, lo que hace es describir una serie de normas del derecho positivo, que actúan de forma contraria al derecho penal del ciudadano, pero que al mismo tiempo uno no existe sin el otro como menciona en su libro. Gunther Jakobs y Canció Meliá, “Derecho penal del enemigo”, ed. Civitas, Madrid 2003:

Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio. Derecho penal del ciudadano se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros. Derecho penal del enemigo, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano.

Jakobs en su estudio no propone, sino que más bien describe, sobre la base de un cuerpo normativo y sobre como esta direccionado.

Otros pensadores ya habían hecho suyo parte de este pensamiento como lo podemos ver en las palabras de Rousseau” El que se opone al contrato social se convierte en enemigo”.

### **Sobre este mismo autor dice:**

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rousseau que cualquier «malhechor» que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor.

Desde una base filosófica observo Jakobs en estas normas características en las que son más severas, agravadas o estrictas que las normas que son del ciudadano.

### **Y estas normas tienen ciertas características:**

1) Adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal, el derecho actúa cuando se afecta un bien jurídico tutelado, generalmente es cuando ocurre el hecho que el derecho actúa el derecho penal del enemigo se adelanta o se anticipa cuando existe un riesgo que es evidente como menciona en su libro. Gunther Jakobs y Canció Meliá, “Derecho penal del enemigo”, ed. Civitas, Madrid 2003 lo siguiente:

Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede en este ámbito, a través de una medida de seguridad, no mediante una pena de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo.

2) Cambia el paradigma: el derecho penal actual es retrospectivo, el derecho penal normalmente castiga cuando ya se cometió un delito por lo que sucedió en el pasado, en el derecho penal del enemigo es prospectivo porque existe un riesgo por el peligro que se proyecta y el fin es evitar un peligro futuro como se menciona en el libro Gunther Jakobs y Canció Meliá, “Derecho penal del enemigo”, ed. Civitas, Madrid, 2003:

En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si

se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad, en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige y sobre todo hacia delante, al futuro.

3) Restricción de acuerdo con la peligrosidad, se restringen las garantías penales, procesales y penitenciarias, por ejemplo, el impedimento de salida, prisión preventiva por peligrosidad o amenaza

4) Mantenimiento de una pena contundente: no hay una disminución como en la tentativa se equipará el hecho como consumado.

5) Normas especiales: por ejemplo la ley de combate al narcotráfico y delincuencia organizada, esto es una legislación especial esta tiene una terminología diferente al código penal, tiene un uso más combativo, por ser en especial una legislación de combate y endurecimiento es más agravada, en este tipo de legislación el derecho penal no habla con sus ciudadanos sino que más bien amenaza a sus enemigos Hegel decía “El Estado tiene que enseñar el palo como cuando se amenaza a un perro” esto es prevención general negativa en derecho penal que le dice a un delincuente peligroso que no siga con su propósito de delinquir.

Podemos anotar dentro de esta lista de las legislaciones ejemplos de derecho penal de núcleo duro o derecho penal del enemigo,

1) Las figuras de alejamiento:

El maltratador doméstico el marido que le pega a su mujer, el derecho penal asegura a esta persona y le restringe sus derechos porque este no respeta una condición de normalidad se le tiene que coaccionar.

2) Delitos de tenencia:

Hay delitos de acción y de comisión, se puede castigar el hecho de tener algo aun sin utilizarlo por ejemplo los explosivos se configura el delito solo con la tenencia, aquí se castiga el riesgo se cambia el paradigma, no lo que hizo antes si no lo que este puede llegar

a hacer o a provocar, es por ser peligroso para la sociedad y por no respetar el derecho de los demás ciudadanos en sociedad y ponerlos en peligro se mantiene una penalidad contundente.

El ejemplo de la tenencia de drogas cuando es para su distribución no para el consumo personal, esto significa una puesta en riesgo de las personas que conviven en la sociedad por esto con solo la tenencia se configura el delito.

Otro ejemplo es tener una máquina de producción de billetes falsificados, puede ser que estos billetes no salgan a la circulación, pero con solo el hecho de tener la máquina ya se configura un peligro en lo que podría ser su distribución futura es por esto por lo que se da el delito.

Delito de organización con finalidad delictiva: o crimen o delincuencia organizados, sujetos se reúnen con finalidad delictiva para un resultado que es futuro, hay reunión de personas y la finalidad es delictiva.

Se tiene que la asociación es constitucional, puede ser de carácter político, artístico, deportivo o religioso entre muchos otros, pero en este caso se hace una distinción que la reunión con fines delictivos no está bien como actividad.

Si se relaciona como estructura la asociación de personas y la finalidad delictiva, se puede decir que son elementos neutrales, la asociación es constitucional y por otra parte el elemento finalista de cometer un delito.

Se sabe que esta finalidad puede estar en el pensamiento y en la estructura del iter criminis el pensamiento no es un delito hasta que no se exterioriza y se comienza a configurar en la realidad esta finalidad del crimen, entonces en este caso en particular se está sancionando, una reunión que no configura un delito, y un pensamiento que tampoco configura un delito, entonces se puede llegar a la conclusión que en este caso en particular lo que se sanciona es el riesgo que significan estas actuaciones para la sociedad y sus miembros.

Entonces sobre este riesgo de asociación se sabe que estos sujetos en cualquier momento futuro pueden cometer un delito relacionado con su actividad, no hay confianza en que quieran respetar las reglas de la sociedad y hay que neutralizarlos.

En este mismo caso en particular si la organización hace un acto delictivo, esto ya se configuraría como un segundo delito, porque el primero se consuma con solo la organización.

Que los Estados pongan en práctica este tipo de normativas especiales, quiere decir que hay en estas normativas un mantenimiento de la paz social de orden constitucional, por eso sería una garantía del Estado de derecho.

El derecho penal del enemigo tiene componentes de autor, el derecho penal no prescinde del acto, si se quita el acto sería solo de ánimo, entonces sería autoritario, porque se castigaría solo el pensamiento, o la voluntad, se coordinan el acto y el autor, o sea, la peligrosidad que se manifiesta en su acto, este acto es una perturbación a una sociedad conformada, en el momento que se da la conformación de acto este se tiene que coaccionar, pero el acto con componentes de autor.

Toda norma de derecho penal restringe derechos en mayor o menos medida, cabe decir que depende de cada Estado, decidir hasta donde se restringen los derechos, lo que se tiene que analizar es que lo que se restringe sean en mayor o menor medida dentro de los límites legítimos.

Sobre la idea de que el derecho penal del enemigo sea o no una herramienta autoritaria, no se justifica, y esto porque, porque toda herramienta en manos de un autoritario podría ser peligrosa, el problema no es de la teoría y su doctrina, el problema es de quien la utiliza.

El hecho delictivo en el derecho penal del enemigo es una transgresión a una falta a la normativa penal, la pena es una coacción que lo que hace es reafirmar la norma penal y su vigencia de aplicación en la sociedad, como menciona en su libro Gunther Jakobs y Canció Meliá, “Derecho penal del enemigo”, ed. Civitas, Madrid, 2003, de la siguiente forma:

La pena es coacción, es coacción que aquí sólo será abordada de manera sectorial de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho, el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante

y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose. Por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica.

### **La protección de testigos en la legislación de Perú**

Se considera en el Estado del Perú al Ministerio Público como el responsable de brindar una seguridad ciudadana completa, el representar a la sociedad en juicio, cuidar los intereses públicos, la defensa de la familia, los menores, los incapaces, la persecución del delito, la reparación civil y la prevención del delito.

La preocupación en relación con las víctimas y testigos por parte del Estado peruano, surge cuando se aprecia, cotidianamente el desamparo en el que ellos se encuentran, en toda investigación o proceso penal, de parte del Estado, salvo raras excepciones, frente a la protección que reciben los denunciados y procesados, trátase de los ministerios de justicia de defensa del interior, o del sector público en general, sin considerar “qué tan derechos fundamentales son los del imputado a la libertad y la defensa, como el del perjudicado a la obtención a una eficaz y rápida tutela de su pretensión resarcitoria, además de la aplicación de la acción punitiva Estatal que corresponda abriéndose la siguiente pregunta.

A quién le corresponde cuidar a las víctimas y los testigos. En definitiva, la respuesta es al Estado, a través del Ministerio Público, como representante de la sociedad en juicio, y como defensor de la legalidad, sin renunciar a los principios de imparcialidad y sobre todo de objetividad, velando por cautelar sus derechos y obligaciones dentro de un marco procesal penal adecuado, como condición básica para el cumplimiento del rol que desempeña el fiscal y las funciones del ministerio público, como lo son la defensa del sistema de justicia, de política criminal, persecutoria, preventiva, resolutoria, de dirección de investigación, preparatoria, imputadora, cautelar, requirente, opinativa, probatoria, de control, acusatoria, y promotor del interés público y social.

Corresponde a las ciencias penales, fundamentalmente en el ámbito de la criminología, criminalística y política criminal, victimología y derecho procesal penal, el estudio de los comportamientos y de la adopción de medidas a las víctimas, y testigos, incluidos los peritos, cuya ejecución asume el ministerio público en el ámbito de su función constitucional, ocupando el Ministerio Público como titular de la persecución penal, el lugar

de la víctima, al migrar esta con su evolución social y política y la desaparición de la venganza privada de una posición central a una situación periférica, estatizándose la justicia criminal como se menciona en la sentencia de la Sala Penal Nacional, colegiando "B" resolución 2016, caso comando Rodrigo Franco, Perú,

La obligación del Estado Peruano de garantizar la protección de la integridad personal (seguridad e integridad física, psíquica y moral) esta convenida en la convención americana de derechos humanos en el artículo 5 inciso 1, y en el pacto internacional de derechos civiles y políticos en el artículo 9 inciso 1. La integridad personal de los ciudadanos deviene de toda una exigencia de todos los poderes públicos en su preservación. En nuestro marco constitucional el artículo 2, numeral 1, de nuestra carta magna, prevé como derecho fundamental que toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física a su libre desarrollo y bienestar. En consecuencia, el derecho del testigo a la vida, a su integridad psicosomática tiene rango constitucional, por lo tanto, el deber de declarar de una persona se articula con su derecho a la protección, por parte del mismo Estado.

Sobre los mecanismos de protección de víctimas y testigos en el Estado de Perú,

El art. 248 del Código Procesal Penal de Perú, precisa que el fiscal o el juez, apreciando las circunstancias, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del testigo protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo.

El art 409 del Código Penal establece que el que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, agraviado, perito, agente especial o encubierto y testigo protegido, que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, la sanción será no menor de cinco ni mayor de siete años de pena privativa de libertad.

El Ministerio Público de Perú: mecanismos de protección a las víctimas, testigos y colaboradores de la justicia dentro de la investigación o el proceso penal.

Protección del testigo en casos de crimen organizado

Dentro de los delitos en los que se aplica esta protección especial a las víctimas y testigos dentro del proceso penal en el Perú se encuentran:

Homicidio calificado, secuestro, trata de personas, violación del secreto de las comunicaciones, delitos contra el patrimonio, pornografía infantil, extorsión, usurpación, delitos informáticos, delitos contra la propiedad industrial, delitos monetarios, tenencia fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones o explosivos, delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, delitos ambientales, genocidio, desaparición y tortura, lavado de activos.

Dentro de las medidas de protección que se aplican por el gobierno peruano tenemos,

Protección policial, cambio de residencia, ocultación de su paradero, reserva de identidad y de datos personales, procedimientos bloqueadores de identificación, fijación de domicilio, uso de medios tecnológicos para la declaración, salida del país, impedimento de ser fotografiado o filmado, traslado adecuado, ambiente reservado.

### **Destinatarios de esta protección**

#### **Testigos, peritos, agraviados, colaboradores**

#### **El estado hace una distinción entre los testigos protegidos**

1) Agente encubierto: es el agente policial que realiza los actos necesarios para el descubrimiento de lo que se viene desarrollando el delito cuya ejecución ya se ha iniciado.

2) Agente especial o infiltrado: Es el que, no siendo miembro de la organización policial, tiene un vínculo contractual o dependencia con el Estado, realizando actos para prevenir el delito o posibilitar su persecución penal.

3) Informante: es la persona que sin pertenecer a la policía nacional brinda información relevante sobre los hechos de carácter penal a cambio de una recompensa.

4) Colaborador eficaz: es aquel que brinda información a cambio de un beneficio procesal.

### **Sobre las guías prácticas sobre la protección de testigos en Perú**

Se propone la promoción de mecanismos que permitan de manera objetiva medir el riesgo asociado a la participación de las personas sometidas a protección, tales como la elaboración de pautas de determinación de vulnerabilidad

En lo que respecta a las medidas de protección, tanto procesales como extraprocesales, en la medida que la legislación lo permita, se consideran como adecuadas, la reserva de identidad y de domicilio, la prueba anticipada, el cambio de identidad, reubicación física del testigo, como también la protección intrapenitenciaria, cuando ello sea procedente.

### **El reglamento del programa de asistencia de víctimas y testigos Perú**

Diseña medidas asistenciales de testigos y víctimas que intervengan en procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencia, por factores de riesgo ajenos a su voluntad durante el trámite del proceso.

Este programa requiere que los fiscales tengan íntima cercanía con la víctima y el testigo, pues en muchos de los casos que se investiguen estos van a constituir el fundamento, tal vez en único de su acusación.

La base en la cual se apoya el Ministerio Público es el artículo 1 de la constitución peruana, el cual señala de manera textual, “la defensa de la persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” esto compromete a todos los órganos del estado peruano a defender permanentemente, dentro de los fines constitucionales a todas las personas y más a las que van a desempeñar una importante función en la búsqueda de la verdad y la lucha contra el crimen en todas sus modalidades.

## **En el artículo 14 del reglamento habla sobre la solicitud de la protección**

La solicitud se presenta al fiscal por la víctima o el testigo, el fiscal dispone del procedimiento, y valora el riesgo existente.

Artículo 15, la calificación: se califica de acuerdo con las circunstancias y condiciones que evidencie la víctima teniendo en cuenta lo siguiente:

- 1) Que exista un nexo entre la participación del asistido y la investigación del proceso penal
- 2) Que no esté motivado por un interés distinto que el riesgo comprobado
- 3) Determinar si el tipo de medidas acordadas corresponde al programa de protección
- 4) Tipo de delito cometido
- 5) Actos de represalia o intimidación realizados o que se puedan producir
- 6) Situación familiar de la persona que presenta el testimonio

Si se admite la solicitud hecha ante el fiscal, se procede a dar la asistencia requerida.

Artículo 16, para la incorporación en el programa tiene que a ver un compromiso por parte de la persona protegida de que va a cumplir con todas las líneas de demanda para su protección.

Las medidas de protección que pueden adoptarse son las referidas a la protección policial, reserva de identidad del protegido en las diligencias que intervenga, utilización de instrumentos tecnológicos y mecánicos, facilitación de documentos con nueva identidad, ubicación del colaborador, y protección de derechos laborales.

## **Sobre la revocación de la reserva de la identidad del protegido**

La revocación de la reserva de la identidad del protegido se podrá decidir durante la etapa intermedia o al inicio de la audiencia, previa solicitud motivada por las partes. Dicha revocación tiene por objeto:

- 1) Que el protegido pueda ser interrogado en el acto oral o que su declaración se someta a una contradicción.

2) Que las partes dentro del tercer día de notificada la revocación puedan interponer tachas contra los testigos protegidos.

3) Que las partes en igual plazo puedan ofrecer prueba para acreditar circunstancias con valor probatorio.

## **Protección de víctimas y testigos en Colombia**

### **Ley de protección de víctimas y testigos ley 975 del 2007**

Fin de la ley reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley que contribuyan a la consecución de la paz

**Art 1** tiene como fin la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los grupos armados, se entiende por grupo armado grupo de guerrilla que es parte significativa que es parte integral de los mismos como bloques o frentes de las mismas organizaciones

**Art 2** Ámbito de ley, interpretación y aplicación: Regula procesamiento sanción y beneficios a personas vinculadas con grupos armados

Se busca del mismo modo la reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía

Este programa según se desprende del artículo la no repetición de los hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de Derecho garantizando el derecho de las víctimas a la verdad. Para tal efecto se incluye un programa de proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento y sanción y otorgamiento de beneficios a grupos al margen de la ley

**Art 3** Es la suspensión de una pena por una alternativa esto para poder lograr la paz nacional

Sobre este artículo es importante apuntar que la etapa de juzgamiento tiene que estar precedida, por la investigación y la formulación de cargos, por parte de la fiscalía en el caso que el imputado no acepte los cargos o no sea este elegible o se retracte no habrá lugar para el beneficio de la pena

**Art 4** el proceso a la reconciliación deberá promover el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación

**Art 5** se consideraran del mismo modo víctimas los miembros de la fuerza pública que sufran lesiones transitorias o permanentes, cónyuge, compañero o compañera

**Art 12** oralidad como principio, la actuación procesal tiene que ser oral y en su realización se utilizaran los medios que garanticen su reproducción fidedigna

**Art 13** Celeridad

1) adopción de medidas de protección de víctimas y testigos

## 2) decisión de imponer medidas de aseguramiento

### Art 38 protección de víctimas y testigos

Se adoptaran todas as medidas adecuadas y las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico y la dignidad de las víctimas y los testigos

Esto incluye la edad, genero y la salud, así como la índole del delito, en especial cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de genero y la violencia contra niños y niñas

Art 40 otras medidas de protección cuando la publicidad de elemento probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida entrañe peligro grave para la seguridad del testigo o de su familia, el fiscal deberá abstenerse de presentarlos en cualquier diligencia antes de la fase de juicio, estas medidas no se podrán utilizar en contra del acusado

Art 41 se atenderán de manera especial las necesidades con apoyo técnico y la procuraduría judicial para la justicia y paz, se tomaran en cuenta mujeres, niños, niñas, mayores de edad o con discapacidad que sean parte del proceso

### **Decreto 1737-2010 que modifica el programa de protección de víctimas y testigos ley 975 del 2007.**

Se ordena por parte de la corte de constitucional de Colombia desarrollar acciones necesarias orientadas a efectuar una revisión integral del programa de protección de víctimas y testigos a fin de adecuarlos a la racionalidad.

Según corte de constitucionalidad colombiana, la seguridad personal, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, se pueden exigir en determinadas condiciones medidas específicas de protección de parte de las autoridades con el objeto de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden mitigar.

En la ley 975 de 2005 se establece facilitar los procesos de paz, para la reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Los funcionarios a los que se refiere esta ley deberán adoptar sin perjuicio de los derechos del acusado a un juicio imparcial las medidas adecuadas de protección de víctimas y testigos con base en delitos de violencia sexual, edad, genero, salud, índole del delito,

irrespeto a la igualdad de género, o violencia contra niños, y niñas, este trabajo le corresponde a la fiscalía de Colombia.

Que lo anterior procede en audiencia preliminar, sin perjuicio de las medidas que se tengan que tomar de manera urgente e inmediata en caso de amenaza contra la integridad de la víctima o el testigo.

**Artículo 2,** el programa dará protección especial a las mujeres con énfasis en prevención, atendiendo al pedido de Corte de Constitucional sentencia T025-2004.

Dentro de las generalidades, se encuentra contemplada la concertación, esta disposición dice que la víctima podrá sugerir medidas alternativas o complementarias a las dispuestas por el programa, el cual determinará su conveniencia, viabilidad y aplicabilidad.

Factores diferenciales: para la aplicación del programa establecido, se tendrán en consideración las características de la población objeto, en términos de género, edad, etnia, y la índole del delito.

Celeridad para garantizar una atención efectiva de la población objeto de protección las instituciones del estado deberán optar de manera oportuna o celeridad y diligencia, las medidas para la protección de la vida y la integridad de las víctimas y testigos.

Buena fe corresponde al Estado demostrar la falsedad en la acción del solicitante, porque el estado debe presumir la buena fe del que solicita la protección.

Todas las medidas que se implementen en el marco de ley de protección de víctimas y testigos están sujeta al presupuesto que tenga el gobierno para su aplicación.

Le corresponde a la fiscalía y a la policía nacional rendir anualmente un presupuesto que presentaran oportunamente a la dirección del programa, para el cumplimiento de las funciones asignadas para cada vigencia fiscal.

## **La Justicia sin rostro en Colombia**

La justicia sin rostro fue una medida que adoptó el gobierno colombiano para proteger a los funcionarios de la rama judicial de las amenazas y los actos terroristas que perpetraban los narcotraficantes para presionarlos y tomar decisiones que los favorecieran.

En 1990 el presidente cesar Gaviria emitió un estatuto para la defensa de la justicia este permitió el surgimiento regional de la justicia o sin rostro, que comenzó a operar en enero de 1991 para juzgar los delitos de tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, rebelión y sedición.

A este modelo de justicia se le llamo la justicia sin rostro, porque para garantizar su seguridad, preservaba la identidad de los jueces, fiscales y testigos, para mantener su anonimato, los fiscales y jueces realizaban sus indagatorias y audiencias en cabinas con vidrios polarizados, su voz era distorsionada y en el expediente no aparecía su nombre, sino un código.

Los nombres de los testigos tampoco figuraban, su testimonio era avalado por su huella, y sus declaraciones no se ponían en conocimiento de los abogados defensores. En Medellín donde la rama judicial había sido víctima del cartel de esta ciudad, funcionó una de las cinco regionales de la justicia sin rostro.

A pesar de lo drástico de estas medidas en poco tiempo se demostró que eran insuficientes, los narcotraficantes comenzaron a perseguir carros blindados, en los que eran transportados los juristas, además, ofrecían altas sumas de dinero para obtener información sobre ellos.

Como muestra de las mínimas garantías que ofrecía, el 18 de setiembre de 1992 fue asesinada la juez sin rostro Miryam Rocío Vélez y sus tres escoltas en un ataque sicarial en Medellín. Su muerte fue atribuida a Pablo Escobar y estaría relacionada con su vinculación en la investigación por el homicidio del director de El Espectador, Guillermo Cano.

Además, los funcionarios de la rama judicial constantemente denunciaban la falta de un esquema de seguridad adecuado. En 1992 una encuesta a fiscales y jueces regionales indico que el 89% no tenía escolta, el 96% no contaba con chaleco antibalas, y el 44% se desplazaba de su casa al trabajo por cuenta propia.

La aplicación de este medio permitió juzgar a más del 70% del cartel de Medellín. También jugó un papel fundamental en la investigación y juzgamiento del proceso 8000, implicados por el ingreso de dineros del cartel de Cali, a la campaña presidencial de Ernesto Samper.

A pesar de lo anterior, los detractores de la justicia regional o sin rostro, llamaban la atención sobre aspectos como el desconocimiento del Estado de derecho y la ineficacia para condenar a los delincuentes con capacidad financiera, y militar para poder evadir la justicia, que eran a quienes se pretendía combatir, contrario a este principio, el 25% de los procesados eran campesinos, 9,3% eran obreros, y el 50% apenas alcanzan el nivel de educación primaria y ganaban menos del salario mínimo.

En varias oportunidades la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se manifestaron en contra, afirmando que condenaban el uso de jueces anónimos, porque violaba el principio de independencia de la judicatura y restringía el derecho del acusado al debido proceso y a un juicio justo.

La justicia regional se implementó hasta 1999 por decisión de la corte de constitucionalidad, pues esta determinó que su aplicación violaba varios derechos y garantías constitucionales. Fue remplazada por la justicia especializada que eliminó la figura de los jueces sin rostro, pero no la posibilidad de tener fiscales o testigos secretos.

De este modo podemos ver que la justicia en Colombia ha sido el centro de los debates políticos. Y este protagonismo judicial se ve generalizado en todos los países tanto desarrollados como de tercer mundo. Sin embargo en Colombia el tema ha adquirido una importancia académica inusitada como lo muestra que la justicia ha sido el eje de muchas de las reformas políticas constitucionales de los últimos 20 años

Este protagonismo está alimentado en Colombia por múltiples factores, como la violencia la corrupción, la crisis de derechos humanos y la creciente judicialización de los derechos de las personas y es por esto que en los próximos años el tema judicial siga siendo eje de muchas reformas políticas

Además de las dificultades de acceso y eficiencia, el funcionamiento del sistema judicial colombiano presenta problemas agudos de inequidad y selectividad en muchos campos pues los distintos intereses no son protegidos de forma igualitaria por los jueces

En lo penal, un estudio mostrado en Colombia da la posibilidad de que un acusado representado por un abogado de oficio sea condenado es del 80% mas alta que si es representado por un abogado privado, esto representa que el sistema penal colombiano castiga mas a las personas de bajos recursos

Simultáneamente un aumento de las penas, la preservación del fuero militar y el desarrollo de la justicia de excepción, con muy fuertes restricciones al debido proceso, muestra la faceta mas autoritaria de las recientes transformaciones de la administración de justicia. El mejor ejemplo durante mucho tiempo fue la llamada justicia regional o “justicia sin rostro” en donde se admiten los jueces y los testigos secretos los cual es completamente contrario al estado de derecho. En su parte mas autoritaria fue la implementación de una reforma constitucional antiterrorista, que permitía a las fuerzas militares no solo detener, allanar e interceptar comunicaciones sin orden judicial si no también ejercer funciones de policía judicial

Es así como durante el gobierno de Alvaro Uribe se hizo un borrador con una de sus propuestas donde se plantea la consagración de un nuevo Estado de excepción, o estado de emergencia judicial, que podría ser decretado por el gobierno, y que le permita legislar en materia judicial, y dentro de las propuestas se caracteriza por no brindar información muy clara y transparente

Respondiendo a un alto nivel de violencia ligada a los carteles de la droga en Colombia, se implemento de forma arbitraria, los institutos de testigo sin rostro y jueces con capucha, durante el transcurso de los años mas crudos en la guerra que se libro con los carteles de la droga, aun con estos métodos, los delincuentes lograban realizar sus actos y asesinar fiscales y jueces

En años más recientes en Colombia se trata de cambiar el concepto de protección donde se trata de hacer parte del proceso los institutos internacionales de derechos humanos

por medio de reformas, de este modo queda totalmente prohibido usar las figuras del testigo sin rostro y los jueces con capucha

## **Legislación Española sobre la protección de víctimas y testigos**

### **Ley orgánica del 23 de diciembre de 1994 referencia 1994-28510**

#### **Exposición de motivos de la ley:**

Se pone de manifiesto los casos de reticencia de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la administración de justicia en determinadas causas penales, ante el temor de sufrir represalias.

Ellos conllevan, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas valiosas en estos procesos.

Ante esta situación el legislador debe dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda, de quienes como peritos y como testigos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así se pueden encontrar motivos de retraimiento e inhibiciones por parte de los posibles testigos, y peritos, no deseables en un Estado de derecho, con el añadido de ver dañado la recta aplicación del ordenamiento jurídico penal y facilitada la impunidad para los culpables.

Sin embargo, es obvio que las garantías de los testigos y peritos no pueden ser absolutas e ilimitadas ósea no pueden violar los principios del derecho penal, es por eso por lo que la presente ley tenga como norte hacer posible el equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El juez o el tribunal es el que tiene que valorar con apreciación racional el grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o unas de las medidas que se consideren necesarias a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, medidas que en el marco de derecho de defensa serán susceptibles de recursos en ambos efectos.

**Artículo 1** se tiene que dar una apreciación racional del peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretende ampararse en ella y las personas ligadas a ella en grado afectividad.

**Artículo 2** el juez de instrucción tiene que otorgar de manera motivada de oficio o instancia de parte en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para reservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión, lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo tomar las siguientes decisiones:

1) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre apellido, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de estos, pudiendo utilizar para esto un numero o clave.

2) Que comparezcan para la para a practica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

### **Artículo 3**

1) Que se fije como domicilio la dirección a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual lo hará llegar reservadamente al destinatario.

2) Los miembros de los órganos de seguridad y el ministerio fiscal evitaran que los testigos se hagan fotografías o que se tome su imagen por cualquier otro medio.

3) A instancia del ministerio fiscal y para todo el proceso una vez que finaliza este si se mantienen las instancias de peligro se brindara a testigos y peritos protección policial y en casos excepcionales documentos con nueva identidad y los medios para cambiar de residencia o lugar de trabajo.

### **Artículo 4**

1) las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o suplica.

2) sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de los testigos o peritos propuestos cuya declaración o informe sea determinado como pertinente, el juez o

tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto que declara la prueba pertinente, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las demás garantías reconocidas en esta misma ley.

Las declaraciones o informes de testigos y peritos que hayan sido objeto de protección al aplicar esta ley durante la fase de instrucción solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto de juicio oral en la forma prescrita a la ley de enjuiciamiento criminal, por quien los preste. Si se consideran de imposible reproducción, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes

Es sabido el deber de testificar constitucional dentro de la legislación española, cuando esta es requerida por jueces y tribunales en el curso de un proceso, ahora bien el temor a sufrir represalias, así como los deberes y las obligaciones que la ley les impone, hace que los ciudadanos que presencian la comisión de un hecho delictivo se muestren reticentes a colaborar con la policía judicial, y con la administración de justicia en determinadas causas penales eludiendo así adquirir la condición de testigo.

Esta condición aumenta cuando son delitos cometidos por bandas armadas u organizaciones terroristas, por la especial gravedad de los delitos cometidos por estas agrupaciones y el superior daño material o físico causado, muchas veces también moral, al alcanzar bienes que afectan a toda la sociedad como colectividad.

Una de las técnicas para superar este miedo es declarar por videoconferencia que supera la vieja técnica del biombo por cuanto en este último tenía que acudir el testigo a la sala de juicios, si la video conferencia es válida para algunos tipos de delincuencia como la violencia de género o delitos de carácter sexual, no lo es en supuestos donde el miedo no se produce por el hecho de declarar en la sala de juicio, sino por el hecho de que los acusados sepan quien está declarando en contra de ellos en el juicio, al conocerse la identidad del testigo.

El punto más importante es saber si la protección que se brinda a los testigos es suficiente en el ordenamiento jurídico, para determinar o asegurar que los testigos no sufrirán represalias por parte de los acusados que forman parte del proceso.

Sobre este particular se ponen en juego tres intereses, la búsqueda por parte del estado de erradicar la delincuencia y facilitar la investigación, por otro la seguridad del testigo de declarar en plena libertad sin verse sometido a presiones sobre él o sus familiares, y por último el interés del imputado de conocer todos los extremos de la imputación que se le hace y tener una defensa efectiva.

### **Testigos ocultos y testigos anónimos en España**

La diferencia se acuñó en la ley de protección de testigos y peritos de 1994, los testigos ocultos son aquellos que se presentan para un testimonio cuando no son vistos por el acusado, por ejemplo, cuando el testigo declara detrás de una mampara protectora que impide la confrontación visual directa con el acusado.

Los testigos anónimos son aquellos que se presentan por una persona cuya identidad es desconocida para el tribunal la defensa o ambos, en la subcategoría de los testigos anónimos caben distintas modalidades de anonimato, los supuestos donde el testigo por contingencias en el proceso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso, y aquellos otros donde si ha sido identificado y consta su identidad, pero por decisión del tribunal se mantiene en secreto y no se da a conocer a las partes.

Dentro de la categoría de testigo oculto también es factible que declare en otra dependencia sin ser visto por el tribunal, ni por las partes ni por el público, el sistema de semi ocultamiento es el de más uso como por ejemplo (biombos y mamparas) sin olvidar otros como cascos, capuchas, todos estos se complementan con la distorsión de la voz.

En la ley del 94 se declaró la validez constitucional y probatoria de los testigos ocultos, siempre que se respete el principio de contradicción durante el interrogatorio en el juicio oral, para el tribunal constitucional, el simple ocultamiento visual no genera una limitación de las posibilidades de defensa del acusado y por tanto es compatible con los derechos del imputado y compatible con el derecho al proceso con todas sus garantías.

En relación con los denominados testigos anónimos el TEDH determino que el total anonimato de un testigo de cargo y la imposibilidad de contradicción son contrarias a las

exigencias del Tribunal europeo, en todo caso la aplicación de la ley de protección de testigos y peritos de España debe ponderarse para cada caso en particular.

Es en la fase de juicio oral en la cual en la cual el mantenimiento de las medidas de protección y los derechos de imputado a la contradicción y el debido proceso se tienen que acreditar. Y es el tribunal el encargado del enjuiciamiento de los hechos que deberá pronunciarse motivadamente sobre la necesidad y procedencia de mantener, modificar o suprimir las medidas adoptadas durante la fase de instrucción, e incluso añadir nuevas medidas.

En el caso de que el tribunal no se pronuncie entonces recae sobre la defensa el pronunciarse el solicitar al tribunal que haga referencia a las medidas ya adoptadas durante la instrucción.

Una parte importante es la obligatoriedad aun con la diferencia que hay en la aplicación en los dos tipos de testigos y si uno es más apto que el otro, es la obligatoriedad, de desvelar su identidad con anterioridad al juicio oral, si así lo solicitare alguna de las partes en su escrito de calificación, debido a que se tiene que hacer un análisis de la protección de los bienes jurídicos personales del testigo que ponen en riesgo los derechos de defensa del imputado y más en concreto los principios de inmediación, contradicción y la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la credibilidad de un testimonio.

Resulta entonces que aun con el análisis de los tipos de protección de los testigos ya sea el anonimato o el ocultamiento y como se pueden subdividir, la protección del testigo es efectiva hasta el momento del juicio oral, si se solicita motivadamente que desvele su identidad, y si lo hiciera de esta forma oculta o anónima no podría constituir prueba de cargo válida para ser valorada por el tribunal.

### **Protección de testigos en Italia**

#### **Los colaboradores de la justicia en Italia**

En Italia no se usa la expresión protección de testigos ellos prefieren usar el título de colaboradores de la justicia o al mismo tiempo de arrepentidos, esto refleja un completo cambio de conducta, por parte del sujeto afectado, en Italia estas figuras no son un instituto

del derecho penal ni del procesal penal, todo lo contrario, son excepcionales y se aplican solo para terrorismo y crimen organizado

Uno de los rasgos mas importantes de estas organizaciones es su carácter cerrado, es por esto que las investigaciones tradicionales no surten efecto, el riesgo de que un colaborador se vea sometido a intimidación es muy grande por lo que se tienen que tomar medidas adecuadas para su abordaje, cuando se habla de protección de testigos bajo la modalidad de crimen organizado, se considera a personas que casi siempre se encuentra acusadas o presas y que bajo los beneficios que la legislación tiene prevista en su favor estos pueden colaborar con la justicia

Históricamente la legislación italiana en materia de colaboradores data de 1970 y 1980 en la lucha contra la mafia, y esto porque el surgimiento del terrorismo se relaciona con la actividad directa con la mafia, entre los años 1980 y 1990 fue un periodo intenso de actividad de la Cosa Nostra de Sicilia, planearon atentados en Florencia, Milan y Roma, con explosiones de bienes históricos, artísticos y personas

La forma en que se logro contener esta delincuencia fue con investigadores altamente entrenados, una planificación detallada de las actuaciones y la ayuda de los colaboradores de esta forma se logró un final exitoso

En Italia se aplica el nombre de colaboradores de la justicia en Italia no rige el principio de oportunidad más bien rige el de obligatoriedad, por testigo se entiende la persona que no tiene ninguna inculpación en el proceso, es más bien una persona que conoce hechos que la justicia llama para dar cuenta en un proceso penal y este puede ser sancionado si declara en falso o rinde falso testimonio condiciones muy similares a las nuestras.

### **Los antecedentes normativos**

se aplica inicialmente la reducción de la pena para incentivar al colaborador en su arrepentimiento y esto podía llegar a la impunidad, pero inicialmente no se practicaba de lleno el arrepentimiento sino más bien una contribución efectiva para adquirir pruebas

es un debate antiguo filosófico, el incentivar contravenir el instituto de defenderse para escapar de la pena auto inculparse y de la misma manera involucrar a sus cómplices, luego

se ofrecen recompensas a las personas que se separan de los actos de terrorismo para colaborar con la justicia

el artículo 4 del decreto de ley de 1979 es el precursor del instituto de las recompensas a los colaboradores, esto freno los secuestros de personas con fines de extorsión, se pone en el código penal una norma en pro de los secuestradores que disociándose de los sujetos que concurren al delito colaboran con el órgano de investigación, luego se introduce una reducción de la pena por colaborar previsto en este mismo artículo 4

en la ley número 203 del código penal se dispone por primera vez después de una matanza de organizaciones delictivas en 1991, la primera configuración de premios para los que se separan de las organizaciones mafiosas, se aplica esta norma de dos formas, primero la disociación de la organización mafiosa y número dos, prueba de una colaboración que es eficaz

sujetos susceptibles de protección en la modalidad de colaborador:

- Las personas expuestas a peligro por efectos de su colaboración o de las declaraciones que ha realizado en las investigaciones de un delito de crimen organizado.
- Sus parientes próximos.
- Los que conviven con el
- Todos los que sean expuestos a un grave peligro por contacto con los colaboradores

Artículo 12, Del decreto de ley de 1979 dispone la suscripción de quien ingresa en el programa de colaboradores se obliga a respetar determinadas obligaciones, con posible consecuente del retiro de protección si no los cumple

Diferenciación del grado de protección será fijada según los parámetros de calidad de la cooperación y de esta forma se puede también hacer una diferenciación entre colaboradores y testigos

Entre las condiciones determinantes para ser un colaboradores que vienen de las asociaciones criminales es la obligación de aportar toda aquella información, necesaria para la individualización, el embargo secuestro de dinero y bienes

Las obligaciones del estado son del tipo de compensación, el mantenimiento del puesto de trabajo, el reembolso de los gastos sanitarios, facilidades de las hipotecas, utilización de documentos de cobertura, podrá contar mensualmente con un cheque igual al monto de su pensión social multiplicado por 5, alojamiento, gastos de traslado y asistencia legal

Si el programa de protección lo traslada a otra ciudad podrá vender al Estado sus bienes inmuebles a precio de valor del mercado, la protección dura hasta el cese del estado de peligro

Medidas de protección en el ámbito penitenciario, si la persona que va a declarar se encuentra en un penal no que se hace es reservar que declarara en juicio, se toman medidas para evitar su encuentro con otros colaboradores, se evita intercambio de correspondencia y telefónica entre ellos

Luigi ferrajoli distingue tres etapas en la legislación Italiana:

- 1) Entre los años 1974 y 1978 se centro en la ampliación de las facultades investigativas de la policía, principalmente en la interrogación del imputado
- 2) En la segunda etapa entre 1979 y 1989 se sancionaron las leyes que dispusieron la ampliación del plazo de la prisión preventiva de los imputados por delitos de asociación permitiendo las mismas casi como medidas automáticas, inclusión de la finalidad del terrorismo como circunstancia agravante del interrogatorio sin la presencia del defensor y el secreto entre los jueces se mejora la situación de los enjuiciados que colaboren con la justicia
- 3) La tercera etapa se inicia en 1989 y continua hasta nuestros días se hacen promociones a las leyes de narcotráfico, la lucha contra la mafia o camorra y los delitos de funcionario públicos

### **Protección de testigos en Estado Unidos**

El derecho penal y e procesal penal recoge la institución del approver en la forma de inmunidad de testigos

El sistema de estados unidos establece as formas de negociación para la obtención de pruebas en delitos cometidos por le crimen organizado, la declaración de culpabilidad o plea bargaining y la concesión de inmunidad

#### La declaración de culpabilidad

Constituye una negociación entre el fiscal y el acusado, representado por su abogado como un camino alternativo para concluir un proceso sin necesidad de llegar a un juicio ante el jurado, para que el imputado obtenga una disminución de la condena o sustitución por medidas alternativas a la privación de libertad, considerando por medio del fiscal la naturaleza del delito o la importancia de la información que se pueda utilizar para capturar a otros cómplices

Conforme a la sexta enmienda de la constitución de los estados unidos todo inculpado tiene derecho a un juicio por jurados, pero debido a la gran cantidad de casos que se presentan, aparece la figura de entrar a juicio con una declaración negociada de esta forma se resuelven una gran cantidad de estos casos

El fiscal tiene herramientas como archivar algunos expedientes abiertos contra el declarante o desistir algún cargo en su contra, formular una recomendación al juez o allanarse a la sugerencia hecha a la defensa respecto de la sentencia a imponer

#### **Concesión de inmunidad**

Los fiscales federales pueden ofrecer inmunidad a aquellos participes de los delitos que accedan a entregar información referente a miembros de un rango mas alto de organizaciones criminales

Esta forma de colaboración con la justicia se ve limitada por los métodos intimidatorios de los que disponen la organizaciones delictivas de alto nivel, que evitan la aparición de eventuales delatores desde la perspectiva de la ley, la doctrina y jurisprudencia no se cuestiona la corrección de este tipo de métodos por un tema de idiosincrasia pues tiene más valor la eficacia de la actuación como parte de un medio probatorio

En el derecho procesal estadounidense se va desde la concesión de inmunidad y la derogación del derecho de no autoincriminación consagrado en la sexta enmienda, cediendo este ultimo frente a la garantía de no persecución por los hechos declarados

Se discute que grado debe tener la inmunidad o que alcance debe tener la inmunidad para que se permita prescindir del resguardo constitucional contra la autoincriminación existiendo dos teorías principales:

- 1) La inmunidad de uso: es suficiente que se le que se le garantice al colaborador que lo que diga no será usado en su contra, para que la autoridad pueda obligarlo a declarar, porque ya esta inmunizado, lo que diga no va a poder ser utilizado
- 2) La inmunidad de transacción: tiene su origen en el siglo 19, ante la negativa de un acusado de declarar sobre los hechos que lo incriminaban, pero que era un testimonio necesario para incriminar a los otros responsables, un jurado lo sanciono por el delito de desacato, el caso llego a corte suprema y allí se establece que no basta con una inmunidad de uso en su declaración, hay que avanzar mas allá en el campo de la garantías para el declarante y aparece el termino de inmunidad de transacción. El sujeto por el hecho al cual se refiere si testimonio, no va a poder ser perseguido, no se puede usar en su contra lo que el declara, sino que ninguna otra prueba puede incriminarlo, el proceso deja de dirigirse en su contra en forma absoluta

### **Requisitos para adquirir la inmunidad**

- 1) Debe haber un pedido específico del fiscal y justificado por el mismo para obligar a declarar a uno de los participes
- 2) Invocación del privilegio en contra de la autoincriminación por parte de la persona que quiere declarar
- 3) Previa aprobación del tribunal se confiere la inmunidad que permita la utilización válida de su testimonio para incriminar a otro

Los distintos estados han legislado con mayor amplitud que el gobierno general en esta materia, estableciendo en su mayoría una inmunidad de transacción. Se le puede obligar a declarar al acusado siempre que se le brinde inmunidad total, en este sentido no va a poder ser perseguido por sus dichos pese a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de los Estados Unidos, esta última dice que basta con la inmunidad de uso.

### **Capítulo III: Marco Metodológico**

La investigación cualitativa asume una realidad subjetiva, dinámica y compuesta por multiplicidad de contextos. El enfoque cualitativo de investigación privilegia el análisis profundo y reflexivo de los significados subjetivos e intersubjetivos que forman parte de las realidades estudiadas.

Investigalia. Costa Rica, 2018.

El enfoque de la investigación que se presenta es cualitativo esto por cuanto no se entra a hacer una relación numérica, o recopilación de datos estadísticos o censos, para una población determinada, o sacar una muestra con base en el método científico.

Se trata más bien de hacer un análisis de los diferentes institutos del derecho que se involucran en el estudio y como las resoluciones de estos tienen implicaciones en la forma de aplicación de la normativa y al mismo tiempo pueden llegar a influir en las resoluciones.

Para esto se hace un breve repaso histórico del derecho penal en sus inicios, ya que la base de este estudio es los derechos y garantías de las partes en el proceso, de esta revisión histórica podemos determinar que estas garantías tienen una corta historia dentro del sistema procesal penal.

Inicialmente la pena para cualquier tipo de delito era decisión de solo una persona que detentaba el poder, en tiempos de monarquía, luego esta no se puede sostener se debilita y surge el derecho y las libertades para el pueblo.

Podemos hablar de que los institutos de las garantías procesales y los derechos humanos surgen después de la segunda guerra mundial, pero aun con su creación muchos de los países tenían una tendencia a los gobiernos dictatoriales, lo cual no hizo un aporte a las garantías de las partes en el proceso penal.

En nuestro país se pasó de un sistema inquisitivo a uno garantista con la implementación de los institutos de derechos humanos y la creación de la sala constitucional.

Es en este momento cuando se entra a hacer un análisis, en el que se tiene que poner en una balanza los derechos de los imputados y sus garantías con relación a los institutos de

derechos humanos y sala constitucional, más sala tercera, y la peligrosidad de los delitos de alto impacto como es el narcotráfico y toda la delincuencia que rodea a estos grupos.

Es por esto que este estudio involucra, sentencias de sala constitucional que resguardan la normativa constitucional, las resoluciones de la CIDH, y como se aplican estos institutos por parte de la sala tercera penal de Costa Rica, también se desarrolla la aplicación de la ley de protección de víctimas y testigos, para plantear un tema de si es viable proteger a los imputados en el proceso y al mismo tiempo poner en riesgo la seguridad de las víctimas y los testigos, del mismo modo se desarrolla la figura del testigo sin rostro presente en el código procesal penal, y si esta es viable dentro del proceso penal.

Del mismo modo se toma como base de referencia la doctrina costarricense, y se hace una comparación con la doctrina alemán, española y Argentina por ser estas las de más aplicación dentro del derecho nacional.

Constructivista se refiere a conocer un tema con un análisis de la teoría y la realidad desde una construcción social, es una realidad asociada con la ley.

Esta investigación tiene un enfoque constructivista porque se hace un análisis sobre las teorías de los diferentes institutos tanto del derecho nacional como internacional y sus fuentes y se trata de traer a una realidad nacional, no se trata solo de hacer una interpretación directa y dura de la normativa, se trata de llegar a una conclusión tomando las resoluciones y las teorías de los estudiosos del derecho y hacer una aplicación de las mismas dentro del ámbito nacional, esto porque el derecho y en específico el derecho penal tiene una afectación directa con la sociedad que se ve involucrada.

Este es un estudio transversal ya que se limita a un periodo específico de tiempo, se hace una corta referencia a los institutos del derecho penal de manera histórica, para ubicar el tema a desarrollar, pero su base es el estudio de las resoluciones actuales, el cambio social que afecta la toma de decisiones dentro del proceso, y la visión social que se tiene de nuestro sistema penal y si este cumple con todos los institutos de protección, llamada la justicia pronta y cumplida.

El termino de investigación analítica es porque se hace un estudio de comparación de variables entre grupos de estudio.

El estudio es a al mismo tiempo analítico, ya que no se toma en cuenta solo la realidad nacional del derecho penal, sino que también se hace un derecho comparado, con institutos Alemanes y Españoles del derecho penal, del mismo modo se toma como referencia la doctrina argentina, por ser estos el parámetro más utilizado a la hora de revisar la normativa procesal penal, al mismo tiempo es importante hacer una distinción de la realidad nacional de cada uno de esos países en contra posición con el de costa rica y como se puede hacer una aplicación completa o parcial de estos institutos procesales, que pueden ser garantistas al imputado o de protección para la víctimas y testigos.

Observacional porque se hace una medición de variables según la posición doctrinaria de diferentes autores

Este estudio pretende ser observacional esto no desde un punto de vista científico puro, sino más bien con el apoyo de conferencias de distintos doctrinarios de los países antes nombrados, se pretende hacer un análisis de los ensayos, tesis y doctrina escrita, pero al mismo tiempo, escuchar a los doctrinarios en conferencias esto nos da un panorama más abierto al pensamiento libre de los pensadores del derecho y de este modo reforzar los cuestionamientos sobre el tema a tratar en la investigación.

Este estudio se puede ver desde los dos puntos de vista retrospectivos y prospectivo, porque a la norma taxativa se le pueden hacer reformas o a su vez las sentencias de las salas se pueden aplicar como jurisprudencia esto hace del derecho una materia cambiante, de este modo podemos analizar una ley antes de una reforma, y como se aplicaba en este momento, luego después de la reforma los beneficios que esto puede traer o si cambian totalmente las condiciones de la misma y en esta aplicación del derecho se tiene que tener las dos perspectivas a futuro y pasado al mismo tiempo las sentencias reiteradas de las salas pueden dar el apoyo a la resolución de una caso en específico.

<b>Objetivo</b>	<b>Variables</b>	<b>Definición Conceptual</b>	<b>Definición Operacional</b>	<b>Definición Instrumental</b>
<p>Describir los derechos y obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo en el proceso penal.</p>	<p>Derechos y obligaciones del testigo en el derecho penal.</p> <p>involucramiento del testigo en el proceso penal.</p>	<p>Actuación protección y riesgo del testigo en el proceso penal.</p>	<p>Sentencias de sala constitucional.</p> <p>Metodología de aplicación con respecto a sala constitucional y CIDH.</p>	<p>Análisis de ley especial 8720.</p> <p>Código procesal penal.</p>
<p>Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.</p>	<p>Identificar controversias de la figura del testigo sin rostro dentro del proceso penal.</p>	<p>Cómo se puede proteger al testigo dentro del proceso respetando las Garantías del imputado.</p>	<p>Jurisprudencia de sala tercera y sala constitucional.</p> <p>Aplicación del código procesal penal y ley especial de la figura de protección de testigos.</p>	<p>Revisión de ensayos.</p> <p>Código procesal.</p> <p>Lectura de tesis.</p> <p>Ley especial.</p> <p>Consultas de sala constitucional.</p>
<p>Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y</p>	<p>El debido proceso en la protección de víctimas y testigos.</p>	<p>Se protege a las víctimas y a los testigos en contra posición a la violación de las garantías del</p>	<p>Cumplimiento y aplicación de la ley de víctimas y testigos.</p>	<p>Revisión de la ley de víctimas y testigos.</p>

la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.	La figura del testigo sin rostro y los derechos del imputado.	imputado haciendo una revisión de la figura del testigo sin rostro.	Aplicación procesal de los institutos de derechos humanos del imputado, haciendo un análisis de las teorías alemanas y españolas de protección de testigos sobre el testigo sin rostro.	Derecho comparado.
--	---	---	---	--------------------

### Matriz General para el diseño de instrumentos

<b>Objetivos</b>	<b>Variables</b>	<b>Técnica</b>	<b>Instrumento</b>	<b>Sujetos y Fuentes de Información Y muestra</b>
Describir los derechos y Las obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo en el proceso penal.	Derechos y obligaciones del testigo en el derecho penal.	Lectura de ley de protección de víctimas y testigos.	Fichas de la ley procesal penal.	Ley de protección de víctimas y testigos.

	Involucramiento del testigo en el proceso penal.	Revisión de doctrina de la sala tercera penal.	Matriz comparativa de las doctrinas.	Sentencias de la sala tercera y doctrina de Costa Rica sobre protección de las víctimas y testigos.
Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.	Identificar derechos y obligaciones del testigo sin rostro.  Garantías del imputado.	Normativa procesal de costa rica sobre la figura del testigo sin rostro.  Lectura de doctrina sobre derechos del imputado.	Entrevistas a expertos en protección de víctimas y testigos en Costa Rica.  Análisis de textos de sala constitucional y sala tercera.	Doctrina Alemana el derecho penal del enemigo. Doctrina Argentina y Española sobre derechos del imputado y sus garantías.  Doctrina de derecho constitucional, y derecho penal con relación al debido proceso. Doctrina Alemana en derecho comparado.

Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.	El debido proceso en la protección de víctimas y testigos.	Observación de conferencias sobre la protección de víctimas y testigos.	Matriz comparativa de conferencias.	Doctrina de derecho constitucional, y derecho penal con relación al debido proceso.
	La figura del testigo sin rostro y los derechos del imputado.	Lectura de doctrina sobre la viabilidad de la figura de testigo sin rostro y si este es contrario a las garantías del imputado.	Matriz comparativa sobre doctrinas.	Doctrina Alemana en derecho comparado.

**Según el cuadro anterior los instrumentos por utilizar se basan en:**

Guías de lecturas comparativas, bases de datos de información, análisis de conferencias, nacionales e internacionales.

Se pretende incorporar al estudio mediante recopilación una cantidad importante de información sobre el tema de estudio, que sería la protección de las víctimas y testigos en el proceso penal, el testigo sin rostro y las garantías del imputado dentro del proceso penal, esta cantidad de información tanto nacional como internacional, puede ser la base para un análisis profundo y llegar a las conclusiones que del debido estudio de este fenómeno se puede extraer para el beneficio de la resolución de los procesos y la justicia.

Al momento de tener una buena base de datos con suficiente información y hacer este análisis de este entonces podemos hacer un derecho comparado, con las diferentes legislaciones que forman parte del estudio, de esta forma comparativa podemos extraer, como se le da abordaje a esta situación en otras latitudes y tomando en cuenta un contexto social completamente diferente.

Cada una de estas fuentes se apoya en conferencias, después un apoyo de la parte teórica, siempre surgen conferencias de actualización, donde las personas encargadas de hacer su exposición hacen un planteamiento del problema o la situación y al mismo tiempo de dan una serie de resoluciones que se pueden extraer de estas exposiciones.

**Las fuentes de información de la investigación son:**

Doctrina alemana, española, Argentina, Costa Rica y Perú, tesis de estudiantes de Derecho de Universidades nacionales e internacionales, revistas nacionales e internacionales, ensayos jurídicos sobre temas de protección de testigos, el testigo sin rostro, la protección de la víctima, así como los derechos y garantías del imputado, tanto procesales como dentro del derecho internacional.

Es importante para este estudio enfocar la guía de las bases de datos, en este caso por ser las de más importancia de aplicación en el ámbito nacional, se desarrolla el estudio con base en la doctrina internacional de Argentina, España y Alemania, de estos países se puede extraer una serie de teorías que son de aplicación para todo el derecho penal, de juristas respetados y muchas veces de ideas contrarias con sus mismo contemporáneos en la materia, pero que vienen a enriquecer el desarrollo del estudio, no se puede ampliar a más países para tratar de dar una línea conductual al estudio esto no evita que se pueda hacer mención de otras latitudes en la materia penal.

Es importante al mismo tiene revisar tesis, esto por cuanto en los desarrollos de estos trabajos, tenemos el punto de vista fuera de la doctrina, pero de estudiantes que hacen un análisis bajo un estudio profundo de la situación y que al final toman una posición en cuanto a su desarrollo del caso, esto nos puede ayudar a enfocar nuestro propio estudio.

Las revistas generalmente son juristas muchas veces de instituciones reconocidas o firmas de abogados que dan su punto de vista sobre una situación generalmente estas están muy actualizadas porque son de circulación mensual, por lo que, si se revisa bien que la fuente sea confiable, se puede hacer un buen uso de este material jurídico.

El otro punto es analizar la normativa nacional, tanto desde el punto de vista procesal, como leyes especiales, luego sentencias de sala constitucional, jurisprudencias de CIDH, esto para hacer un recorrido del tema en un ámbito nacional en comparación con la normativa internacional firmada en Costa Rica.

**A través de que técnicas se utilizara:**

Un enfoque de análisis más centrado en la doctrina alemana, española, Argentina y de Costa Rica, la ley de protección a víctimas y testigos de costa rica, la jurisprudencia de sala constitucional, normativa y jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, con base en las garantías de víctimas y testigos y los derechos de los imputados dentro del proceso penal.

El análisis de la información se hace con respecto a las bases de datos de doctrinas internacionales y nacionales, luego una vez que se hace el análisis con base en la lectura y las posiciones de las tesis más su aplicación en cada país y el impacto que esto causo en cada una de estas sociedades, entonces podemos ver cómo sería la aplicación en nuestro país, o mejor dicho si en nuestro país cabe una aplicación de estas teorías o no es viable hacerlo.

Se hace lectura de las sentencias de sala constitucional, por ser estas de aplicación directa en su cumplimiento, esto general que esta aplicación sea directa también al tema que se analiza en cuestión, se puede hacer una revisión de si esto es positivo o si afecta de manera negativa el funcionamiento procesal penal en la resolución de los conflictos sobre todo si son de alto impacto.

## **Capítulo IV: Análisis de resultados**

### **Objetivo específico 1. Describir lo derechos y las obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo sin rostro en el proceso penal.**

Para identificar los derecho y obligaciones implícitas en el proceso penal del involucramiento del testigo sin rostro, se utiliza análisis de tesis, código procesal penal, sentencias de sala constitucional y sala tercera.

Desde el análisis del estudio del tema en desarrollo podemos decir que estas dos partes a las que se ve sometido un testigo dentro de un proceso, los derechos y las obligaciones, son sujetos de un análisis que tiene que ser detallado, dado que involucra un factor importante a tomar en cuenta y es que el estado tiene el deber como garante de los derechos de las personas de dar esta protección cuando hay un peligro que pone en riesgo la vida de las partes o de los familiares más cercanos o que escala a la pérdida de una vida o también se puede llevar a cabo por amenazas contra los testigos.

Es importante hacer una diferencia entre los delitos de bajo impacto y los delitos de alto impacto, dado que estos no se pueden medir de la misma forma dada su peligrosidad para las partes, el delito de bajo impacto si bien causa un agravio está sujeto a la valoración del riesgo para los testigos y las medidas de protección se pueden utilizar pueden ser de menor intensidad que las utilizadas en los delitos graves de crimen organizado esto previo a la valoración de un juez y sujeto a prueba que sea contundente, este estudio en particular se refiere a delitos de alto impacto de alta peligrosidad, el cual requiere la protección especial por parte autoridades y que involucran un de forma paralela estructuras de crimen como lo pueden ser, sicariato, lavado de activos, narcotráfico.

Conforme a los derechos y obligaciones del testigo dentro del proceso penal, como se señaló anteriormente, este pasa de un sistema totalmente inquisitivo con el desarrollo de los códigos procesales evoluciona a un sistema acusatorio garantista, donde prima la igualdad de partes dentro del proceso penal como se menciona en. Llobet Rodríguez Javier, “Sistemas procesales del Derecho Penal”. Centro de información jurídica, Colegio de Abogados y Universidad de Costa Rica.

Si para el régimen acusatorio la oralidad, publicidad y el contradictorio eran principios esenciales, para el inquisitorio los contrarios a aquellos, escritura, secreto y no contradicción, serán el norte. Lo que trae como consecuencia la pérdida de la inmediación, el entorpecimiento del derecho de defensa y la imposibilidad de control por parte de la administración de justicia, etc.

De este modo en el sistema acusatorio se protegen las garantías de las partes involucradas en el proceso, este proceso fue distinto en su desarrollo en los países que lo ponen en práctica, pero su implementación tiene especial aplicación después de la segunda guerra mundial y los crímenes de guerra, como ejemplo de esto tenemos los juicios de Nuremberg, de este modo muchos de los países se ven obligados a hacer cambios en sus procesos penales, para que estos cumplan con los debidos principios transversales en defensa del debido proceso, y en respeto de la dignidad humana.

Aun cuando los países implementan estos principios de manera discrecional, nuestro país no es una excepción a esta regla, la evolución del proceso penal a un sistema de derechos de partes y respeto al debido proceso de estos fue un camino largo hasta nuestros días como lo menciona Gabriela Dayanara Arias. “Análisis de los resabios del sistema inquisitivo en el código procesal penal de 1996, Universidad de Costa Rica.

El sistema acusatorio ha sido definido por Calvinho (citado por Picado) como “un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente iguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentencie la pretensión discutida”.

Es de esta forma como hasta nuestros días se aplica el sistema acusatorio, en el cual están de manera primordial todos los principios que son transversales para el respeto de los derechos de las partes que a un proceso penal y estos observan principios de derechos humanos, estos principios los podemos numerar como, el de contradicción, concentración, de igualdad, oralidad, inmediación, imparcialidad, publicidad, y el de única instancia, estos forman parte del código procesal penal de 1996.

De este modo el código de 1996 tiene la normativa que dicta los derechos y obligaciones de las partes dentro del proceso penal vigente, este código llama a una humanización del sistema penal en Latinoamérica dejando atrás el sistema inquisitivo.

Es así como en esta aplicación del sistema acusatorio dentro del proceso penal se aumentan los derechos del imputado y sus garantías dentro del juicio, es por esto que tenemos el paso de un sistema inquisitivo a uno totalmente garantista y las legislaciones tanto dentro del país como los institutos de derechos humanos dejan en evidencias, que estos principios, están creados para dar una mayor vigilancia a la persona que llega como imputado a un proceso y dentro de nuestra misma constitución se hace una valoración de los derechos que tiene el imputado dentro del proceso y los órganos que aplican estos derechos son vigilantes tanto del ámbito penal como constitucional de que esto sea una práctica que se tiene que aplicar de forma directa así lo podemos ver en el artículo 39 de la constitución política:

A nadie se hará sufrir por pena sino es por delito cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejecutar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad.

Es de esta forma y en aplicación a este artículo en el cual se hace referencia que la persona que es llevada a un proceso no se le puede juzgar de manera anticipada por crímenes que ha cometido con anterioridad o por una vida dedicada al delito, esta persona llega a eso juicio de forma inocente y durante todas sus etapas se considera de este modo hasta, que se le dé una sentencia firme.

Del mismo modo el artículo 40 de la constitución nos dice:

Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a penas de confiscación, toda declaración obtenida por violencia será nula.

Este artículo dentro de la constitución es la evolución de un sistema inquisitivo a uno garantista de corte finalista, en el cual se le tienen que respetar los derechos al imputado durante todas las etapas del proceso y cuando esto no se realice o los organismos encargados de aplicar estos institutos vean que no se siguieron los pasos de estos institutos normativos de protección al imputado, el proceso puede terminar con una resolución sin que se valoren

muchas de las actuaciones más importantes, para llegar a una resolución, por considerar que se violentó el derecho de estas personas.

Es así como la normativa garantista dentro del proceso penal asegura por todos los medios que se cumplan con los principios del debido proceso del imputado, pero en este desarrollo que fue estructurado de esta forma con doctrina y principios, se hace un desbalance dentro de las etapas del proceso, en el cual se supone que tiene que haber una igualdad de armas, pero a todas luces esta balanza se mueve al lado del imputado, y de esta manera no se cubre por completo, el riesgo que pueden tener las otras partes involucradas en el proceso penal de esta forma lo vemos en la convención americana de derechos humanos.

5.4 los procesados deben ser separados de los condenados, y ser sometidos a un trato adecuado de persona no condenada.

5.6 la pena privativa de libertad tendrá como fin la reforma y readaptación de los condenados.

6.2 nadie podrá ser constreñido a realizar trabajo forzoso u obligatorio.

8.1 toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez y un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

8.2 toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

A) derecho del inculpado a ser asistido por interprete o traductor si no habla el idioma del tribunal,

B) comunicación previa y detallada de la acusación formulada,

C) concesión al inculpado del tiempo y medios necesarios para ejercer su defensa,

D) derecho del inculpado de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección.

Podemos ver un desarrollo muy amplio en la normativa de la convención en cuanto a la protección del imputado, y es importante puntualizar que con este estudio no se pretende

tratar de instaurar los institutos antiguos del derecho procesal de corte inquisitivo, pero si con un análisis de la normativa, hacer ver que estos principios y normativa antes mencionados deberían ser de aplicación no solo para una de las partes del proceso, sino más bien de todos los involucrados en el proceso penal, es en este desbalance donde se puede perjudicar el resultado y el espíritu del proceso penal que es brindar una tutela judicial efectiva, y una justicia pronta y sobre todo cumplida para todos los involucrados y no solo para el imputado.

Haciendo mención de lo anterior podemos decir que el testigo tiene una función importante dentro del proceso penal, este puede ser parte dentro del delito cometido por verse involucrado en este, o puede ser una persona ajena a los involucrados en el delito y ser solo parte presencial, muchas veces puede ser la única fuente de prueba para lograr un resultado dentro del desarrollo de un juicio, y como podemos analizar esta figura del testigo se regula dentro de la normativa en la forma de derechos y obligaciones las cuales está obligado a cumplir en el momento que llega a ser parte del proceso penal.

Sobre esto podemos hacer un estudio del testigo dentro del código procesal penal y la norma especial que sería la numero 8720 de protección de víctimas y testigos.

En cuanto a sus obligaciones el artículo 204 del cpp no dice:

Salvo disposición en contrario toda persona tendrá obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, así mismo no deberá circunstancias ni elementos sin perjuicio de la facultad del juez de valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Del mismo modo el 352 del cpp menciona:

Cuando el perito o testigo oportunamente citado no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

El artículo 210 del cpp también nos menciona:

El tribunal podrá ordenar la aprehensión inmediata de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte o se fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder 24 horas.

Como podemos ver en los artículos mencionados anteriormente la labor de testificar no es un servicio de orden público que se hace por voluntad de la parte o sujeto llamado a testificar en un proceso, esta función lleva un alto riesgo sobre todo cuando hablamos del delito agravado, de orden organizado, relacionado con el narcotráfico, es acá donde se intensifican los peligros a la integridad de la persona, familiares y conocidos más cercanos.

El ser testigo en un juicio aun sin ser de alto impacto lleva una coacción, una obligatoriedad, que de no cumplirse se puede realizar el traerlo a juicio por medio de la policía administrativa.

Es importante saber que si una persona no es parte directa de la comisión de un delito, sino que es una parte ajena a este pero se vio involucrada de manera circunstancial, el afán de esa persona no es ver restringidas sus libertades o entrar en un riesgo no solo para su persona si no sus allegados más cercanos por involucrarse como testigo en un juicio penal, esta persona muchas veces no quiere ser parte de este proceso, que puede causarle problemas de amenazas de un grupo organizado o en el peor de los casos lesiones físicas y en un extremo la vida.

Pero los administradores de justicia para brindar una resolución a los delitos, y con el conocimiento de que muchas de estas personas se pueden ausentar a testificar entonces, coacciona el traer a la persona que es testigo para que llegue al proceso y cumpla con su obligación, aun con el conocimiento de los riesgos de esta diligencia, con el fin de administrar justicia como lo dice el artículo 208 del cpp de la siguiente manera,

Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. Si después de declarar se niega a declarar sin derecho sin derecho a hacerlo se comunicará se hecho al ministerio público.

Es por esto que el testigo tiene tanto obligaciones y derechos dentro del proceso, si el Estado le exige a este que se tiene que presentar y si no lo hace lo puede coaccionar para que lo haga, de este modo si el Estado lo obliga a hacerse presente tiene que ofrecerle medios de

protección, para que la parte que se encarga de brindar testimonio dentro de este proceso penal, sienta el riesgo que lleva esta diligencia al menos en una parte disminuida y sobre esta vigilancia el código procesal y las leyes especiales, brindan una serie de normas dedicadas al instituto de protección del testigo dentro de proceso como sería la ley 8720 y el código procesal penal.

Como lo menciona el artículo 204 bis de la siguiente manera:

Medidas de protección, procedimiento, para lograr la protección se solicitarán medidas de reserva de identidad o protección de las características físicas del testigo al juez de etapa preparatoria o intermedia según la fase en la que se presente el riesgo, la solicitud se acompañará de elementos de prueba, el juez convocará al ministerio público, al querellante y a la defensa, a una audiencia oral en la que se expondrá la petición y el juez resolverá de inmediato.

Del mismo modo la ley 8720 de protección de víctimas y testigos nos brinda los deberes y derechos del testigo dentro del proceso penal.

Derechos del testigo, artículo 9

- a) A recibir, en forma gratuita, asistencia psicológica, psiquiátrica, jurídica, social o médica, cuando sea necesario.
- b) A que se le gestione una ocupación laboral estable o una contraprestación económica razonable, cuando la medida de protección otorgada implique la separación de su actividad laboral anterior.
- c) A tener un seguro por riesgo, durante el proceso, en caso de lesión o muerte, a cargo del Programa de protección de víctimas y testigos, cuando este Programa tenga recursos disponibles.
- d) A tener a su disposición, en el tribunal donde se esté ventilando el proceso judicial contra el responsable del delito, un área que esté separada del imputado.

- e) A que se faciliten la salida del país y la residencia en el extranjero, cuando resulte necesario para proteger su vida o su integridad física, como persona protegida.
- f) A que no se capten y/o se transmitan imágenes de su persona ni de sus familiares, que permitan su identificación como víctima, testigo o sujeto interviniente en el caso por el cual se le protege.
- g) A que se mantenga la confidencialidad de la información sobre su dirección y sus números telefónicos, cuando así lo estime necesario para su seguridad personal y la de sus familiares, así como el privilegio de la comunicación que tenga con su consejero legal, psicólogo o médico.
- h) A ser escuchada, antes del otorgamiento, la modificación o la supresión de la medida de protección que se le haya conferido.
- i) A solicitar el cese de las medidas o a rechazar su aplicación.

#### Artículo 10, Deberes del testigo

- a) Cumplir las instrucciones y órdenes que se hayan dictado, para proteger su integridad y la de sus familiares.
- b) Mantener absoluta y estricta confidencialidad, respecto de su situación de protección y de las medidas que se le otorguen.
- c) No divulgar información sobre los lugares de atención o protección de su persona o de otras personas que estén en la misma condición, aun cuando ya no esté sujeta al Programa.
- d) No revelar ni utilizar información relativa al caso o el Programa, para obtener ventajas en provecho propio o de terceros.
- e) Someterse a las pruebas psicológicas y los estudios socioeconómicos que permitan evaluar la clase de medida por otorgarle y su capacidad de adaptación a ella.
- f) Atender las recomendaciones que le formulen en materia de seguridad.

- g) Abstenerse de concurrir a lugares que impliquen riesgo para la persona protegida.
- h) Abstenerse de frecuentar personas que puedan poner en situación de riesgo su propia seguridad o la de su familia, así como abstenerse de comunicarse con ellas.
- i) Respetar los límites impuestos en las medidas de protección y las instrucciones que se impartan para tal efecto.
- j) Respetar a las autoridades y todo el personal encargado de velar por su protección y brindarles un trato decoroso y digno.
- k) Proporcionarles a las autoridades judiciales la información que le sea requerida sobre el hecho investigado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Política.

Vemos entonces como dentro de la normativa procesa penal y la ley especial de víctimas y testigos hay normativa que tiene el fin de brindar una protección al testigo dentro del proceso penal y al mismo tiempo le impone una serie de derechos y obligaciones para, salvaguardar su seguridad cuando está en medio del proceso para que obliga a este testigo a no exponerse a un riesgo elevado para su vida o en caso de ser fundamentada una amenaza a tratar de evitar un riesgo mayor o un resultado de pérdida de vidas humanas.

Es entonces que el derecho logra reconocer que necesita una normativa más especializada de protección de la víctima dado que los peligros para los llamados a testificar en un caso de alto impacto suelen ser cada día mayores, con el aumento de la delincuencia de tipo organizada relacionada con el tráfico internacional de drogas, el derecho punitivo reconoce que no basta con la normativa procesal penal, si no que a situación requiere un esfuerzo más grande con tal de disminuir este tipo de criminalidad o por lo menos poder llevarlos a un proceso penal, esta ampliación del esfuerzo se nota por la puesta en vigencia de una ley de protección de víctimas y testigos.

Es en este momento en el que se presenta un problema, el cual se refiere a que tanto el código procesal penal como la ley especial de víctimas y testigos 8720 tienen normativa que es contradictoria, algunos artículos se contraponen en la forma de aplicar el alcance de

la protección de los testigos dentro de las etapas del proceso, y si esta forma de aplicar la protección es vigilante de los principios transversales del código procesal penal, o si cruza la línea de protección y esto hace que se violen estos principios y los institutos internacionales de derechos humanos que están a favor del imputado, como se puede analizar en los siguientes artículos del código procesal penal:

Artículo 204 cpp último párrafo, la reserva de la protección del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia.

Este último artículo hace referencia al deber del testigo de presentarse a rendir testimonio en el proceso y de no hacerlo se puede coaccionar para que este lo haga al juicio penal.

El artículo 204 bis cpp. El Ministerio Público solicitará las medidas de reserva de identidad o de protección de las características físicas individualizantes del testigo al juez de la etapa preparatoria o intermedia acompañado de elemento de prueba. Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo que sea necesario en atención del tipo de riesgo a excepción de la etapa de juicio.

De esta forma el artículo 204 bis del cpp adiciona las medidas de protección que se pueden adoptar para la protección de testigos, pero del mismo modo que el 204 cpp está limitado a las dos primeras fases del proceso y no aplica a la fase de juicio, de este modo en estas dos normas está muy claro que la protección solo rige para las dos primeras etapas.

De la misma manera la ley 8720 en su artículo 11 fue la que adicionó en el 2009 este artículo 204bis al 204, pero esta ley especial viene a regular las protecciones tanto procesales como extraprocesales que se le pueden brindar al testigo.

Las normas que entran en contradicción con el 204 y el 204 bis son, las siguientes

Artículo 319 cpp finalizada la audiencia el tribunal en resolución se pronunciará sobre la solicitud de la protección de las víctimas o testigos o sobre el mantenimiento o cese de las medidas acordadas.

Este artículo hace referencia a la finalización de la audiencia y decidir sobre si se sigue con la protección o no de las características físicas del testigo, es visible que, si se decide sobre la protección de un testigo después de la audiencia, está avalando el testigo sin rostro.

Artículo 351 cpp en igual forma para a recepción del testimonio de una víctima o un testigo protegido, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante como su rostro o su voz.

En este artículo también hay una contradicción ya que se habla de rendir declaración con la reserva de las características físicas del testigo esto del mismo modo avala el testigo sin rostro.

Artículo 304 cpp con respecto al ofrecimiento de prueba para juicio, en esta misma oportunidad el Ministerio Público o el querellante le solicitarán al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima según el caso, o bien que se continúe con la protección ya acordada, hasta la sentencia firme.

Este artículo habla de la protección de testigos hasta la sentencia firme, por lo tanto, también avala la figura del testigo sin rostro.

En este entendido de la ley procesal penal y la ley especial, se introduce la problemática de leyes que son contradictorias y esto se hace de especial preocupación para los defensores por lo que los imputados no tendrían posibilidad de realizar varias actuaciones que se les permiten a los imputados en la fase de juicio y tendrían el ocultamiento del testigo.

De este modo se hace una consulta a la sala constitucional en el 2010 y esta emite criterio sobre el tema de la contradicción de la figura del testigo sin rostro en la referencia número 17907-2010 en la cual se le pide a la sala constitucional que unifique los criterios de aplicación sobre la protección del testigo presentes tanto en el código procesal penal como en la ley especial 8720 del 2009.

### **El testigo sin rostro y el anticipo jurisdiccional de prueba**

Sobre la consulta judicial número 179-07 2010 es contradictoria, porque de manera textual indica el artículo 293 cpp sobre el anticipo jurisdiccional de prueba y bajo la

modalidad que se debe practicar, para validar su presentación en el juicio oral y público, cuando sea un acto definitivo e irreproducible, un obstáculo para recibir la declaración en juicio, testigo que olvide circunstancias especiales o deban abandonar el país, cuando para la víctima se vea en riesgo su integridad física o su vida con motivo de participación en un proceso, el riesgo no se reducirá y cuando se hayan acordado la reserva de las características físicas del declarante, cuando la identidad del testigo o de la víctima se encuentre protegida se mantendrán disimuladas sus características físicas, como se desprende de la resolución 179-07 2010 de la siguiente manera.

El anticipo jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el artículo 293 del Código, se hará citando para ello a todas las partes, quienes tienen todo el derecho de asistir, participar, interrogar, contrainterrogar, etc. A fin de salvaguardar las características físicas individualizantes, se pueden utilizar medios tecnológicos que distorsionen la voz, la figura, sistemas de videoconferencia, circuitos cerrados de televisión, accesorios tales como pelucas, sombreros, anteojos, maquillaje, etc. Se hace hincapié en que debe garantizarse la pureza del acto y la vigencia de los principios de intermediación y defensa. La resolución que acuerda o deniega un anticipo también puede ser apelada. Los artículos 204 y 204 bis concuerdan en que la reserva de identidad del testigo rige únicamente para las fases preparatoria o de investigación e intermedia. Considera la Sala, al igual que lo señalan la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público en su informe, que los requisitos y formalidades que prevé la ley para otorgar la protección procesal (datos de identificación o características físicas individualizantes) en esas etapas del proceso, resguardan el derecho de defensa del imputado y a su vez, tutelan los derechos de las víctimas, testigos y demás intervinientes, llamados a declarar en el proceso. Se parte de que se trata de situaciones excepcionales, donde se acreditan hechos o circunstancias objetivas que implican la existencia de un riesgo para la vida o integridad física de los deponentes, aspectos que deben ser ventilados en una audiencia oral, donde se de amplia participación a los sujetos procesales y además se posibilite el derecho de recurrir de la decisión del juez. Además, se exige una fundamentación razonable del juez, donde debe hacerse una ponderación y valoración del riesgo y de la necesidad de la medida, conforme a criterios de proporcionalidad. En cuanto a la realización del anticipo, todas las partes deben tener plena libertad para interrogar y contrainterrogar a los testigos y además podrían oponerse a su realización. Conforme se indicará, en la fase de juicio, las

partes podrán imponerse del conocimiento de la identidad del testigo, de sus características físicas individualizantes y podrán realizar el interrogatorio que consideren necesario y conveniente.

Esta consulta en particular en su redacción es confusa, la consulta se basa en si durante las etapas previas al juicio oral y público, de investigación e intermedia en las cuales según el 204 se protegen las características físicas del testigo, bajo esta misma modalidad se puede realizar el anticipo jurisdiccional de prueba, pues si este se realiza bajo esta modalidad de reserva de características físicas, se estaría aceptando la figura del testigo sin rostro

De este modo en sus análisis la sala constitucional en la resolución de la consulta 179-07 2010 no deja claro si bajo esta modalidad de testigo protegido de sus características físicas puede realizar un anticipo en etapa de investigación e intermedia, pero sala tercera interpreta esta resolución, y define que si se tiene que hacer el anticipo jurisdiccional de prueba bajo la modalidad de testigo protegido en las dos primeras etapas, no se puede hacer bajo ocultamiento de las características físicas del testigo, según desprende de su análisis de jurisprudencias de casación la sala tercera dice que para validar en anticipo jurisdiccional se tienen que respetar los principios de debido proceso, como serian derecho de inmediación y al contradictorio, es así como el anticipo en etapas previas es un retroacción de la etapa de juicio a etapas anteriores y se tiene que mantener bajo el mismo esquema de respeto de los principios de la fase de juicio, de esta forma resuelve no se puede hacer anticipo mediante la figura del testigo protegido en el anticipo jurisdiccional de prueba, porque se estaría validando el testigo sin rostro

Del mismo modo en sentencias más recientes la sala tercera reafirma el impedimento de realizar el anticipo bajo esta modalidad de protección de características físicas del testigo como se desprende de la jurisprudencia de sala tercera de la corte suprema de justicia 2000-01339 en la siguiente mención

Las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no solo han sido controladas por un juez sino también por las partes interesadas. En otras palabras, se estima un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase

Sala constitucional de la misma manera reafirma la imposibilidad de hacer el anticipo jurisdiccional de prueba bajo la modalidad de testigo protegido con reserva de las características físicas en sentencia posteriores a la 179-07 del 2010 como se desprende de la resolución de sala constitucional de la corte suprema de justicia, sentencia 10120-2004 de la siguiente manera

Un aspecto que debe tenerse presente es que al realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba se deben garantizar los principios de oralidad en su en su recepción, citación previa, concentración continuidad, contradicción e inmediación de tal forma que todas las partes puedan intervenir como si se tratara de un juicio

**Objetivo 2 Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.**

**El derecho a la vida en contra posición con el debido proceso con relación a la protección del testigo durante la fase de juicio oral y público**

**Convención Americana de Derechos Humanos**

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1.Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Este tema es importante en su desarrollo porque implica ponderar dos derechos que son de suma importancia en el derecho procesal penal, es por esto que desde un punto de vista inicial en materia penal se tienen que valorar lo que llaman principios transversales que tienen que cubrir en su totalidad la materia, y esto con el orden de brindar la mayor tutela judicial a los que en algún momento y en diferentes circunstancias se ven involucrados en la

comisión de un delito, estos principios hacen que los llamados a formar parte de la resolución de un conflicto de orden penal, sientan que las garantías de sus derechos respetados en un nivel de igualdad, de esta forma se puede poner en contexto y hacer un balance de estos dos institutos como lo son el derecho a la vida y el debido proceso, esta balanza de garantías se tiene que hacer tanto para los jueces, testigos, víctimas y peritos, y del mismo modo analizar la normativa que la regula tanto nacional como internacional, y de manera muy importante hacer un repaso de la jurisprudencia, que nos puede guiar de manera segura en la revisión de estos dos institutos

En el contexto de este análisis tenemos que hablar sobre el problema del que forma parte este estudio, y es lo referente al ocultamiento de las características físicas del testigo, dentro del proceso penal y esto porque la normativa que regula este instituto tan importante dentro del código procesal penal tiene normativa contradictoria, es así que cuando nos referimos al testigo las autoridades reconocen que se tiene que hacer un mayor esfuerzo por garantizar la protección a su integridad física, y de igual forma la de sus familiares más cercanos, es así como en el 2019 se implementa la ley de protección de víctimas y testigos, la cual nos introduce el artículo 204 bis, pero de la misma manera este artículo en su inciso 11 no logra definir el momento en el que se tienen que brindar la protección al testigo, y si esta protección se limita a las dos primeras etapas del proceso la de investigación y la intermedia, o si se amplía durante todo el proceso hasta la sentencia firme, es así como esta ley especial número 8720 no lo define, se hace una consulta judicial facultativa, esto con el fin de que la sala constitucional defina los alcances de la protección del testigo dentro del proceso penal

Sala constitucional emite un criterio en el cual dice que la protección del testigo se implementa tanto de manera procesal como extraprocésal en las etapas de investigación e intermedia, pero que al llegar a etapa de juicio oral y público solo se pueden aplicar las protecciones extraprocésales. Esta consulta judicial facultativa es de aplicación directa erga omnes para sala tercera, por lo que sala tercera después de la resolución de la consulta 17907 del 2010 emite este criterio en todas sus resoluciones respetando lo que resuelve la sala constitucional.

Y es así como se da este desbalance dentro del proceso penal que genera una desprotección para una parte muy importante dentro del proceso penal, como lo pueden ser los testigos, y

es que estos pueden estar involucrados de manera directa o indirecta dentro del proceso penal, dado que pueden ser tanto parte de los cuerpos de investigación de la policía o pueden de la misma forma ser testigos presenciales de un hecho delictivo, a los cuales se les tienen que brindar todas las garantías por parte del estado, para que puedan brindar inicialmente un testimonio de calidad y también que no se vean amenazados ni expuesta su integridad física.

Y este es el gran problema al que se enfrenta nuestro sistema judicial, el mantener un balance entre las garantías del debido proceso del imputado y el derecho a la vida que se puede ver amenazado cuando la persona es llamada a rendir un testimonio sobre todo en delitos que son graves y mayormente aun cuando están relacionados con el crimen organizado

Ante este panorama jurisprudencial surge inmediatamente el cuestionamiento de: ¿quién decidirá ser testigo de un caso, cuando su vida está en peligro por hacerlo y el Estado no le brindará la debida protección?; quizás la respuesta surge muy concretamente al afirmar “nadie”.

El espíritu del legislador al tener que implementar una normativa especial por encima de la general es que se tiene que proteger a estas personas vulnerables, y la forma es activando todos los mecanismos del estado para poder brindar un testimonio seguro, porque no solo esta en juego la integridad del testigo y sus familiares, también la no comparecencia de un testigo amenazado de muerte y que no tendrá garantía de seguridad durante todo el proceso, la consecuencia inmediata y grave será generar impunidad, circunstancia que al único que beneficia es al mismo imputado; razón por la que no se pueda llegar a ofrecer una justicia eficaz que cumpla con sus objetivos y que el crimen no tenga una penalidad debida.

Es por esto que los institutos de derechos humanos, como la convención americana de derechos humanos y la declaración de los derechos del hombre, tienen artículos que son muy específicos sobre el valor que se le tiene que dar a la vida de las personas y como se tienen que comprometer estos dentro de sus legislaciones internas a tutelar este bien jurídico vida que y es por esto que cada estado se tiene que comprometer a cumplir lo dispuesto en estas legislaciones de protección como lo explica el artículo uno de la convención americana de derechos humanos de la siguiente forma

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Parte 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 por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social

Del mismo modo dentro de la constitución política este mismo derecho a la vida tiene una posición de privilegio ante los principios del debido proceso como lo dice el artículo 21 de nuestra carta magna

Artículo 2. La vida humana es inviolable.

La convención americana de derechos humanos lo regula de manera categórica en su artículo 4 como una norma que trasciende y se ubica en una posición superior, y esto se tiene que valorar en el compromiso que adquieren todos los Estados de cuidar este derecho fundamental aun cuando se tenga que regular su materia normativa interna, con el afán de proteger de manera directa el derecho que tenemos todas las personas a la vida

Del mismo modo se regula en el artículo 3 de la declaración Universal de los derechos del hombre la cual regula este derecho de un modo muy amplio dado que pertenece a todas las regiones del mundo aun con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, como explica es un ideal común para todos los pueblos y naciones

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona

En nuestro país se implementa un programa que forma parte del ministerio público, encargado de brindar una guía adecuada a las personas que están llamadas a ser testigos y también a las víctimas de delitos, el programa de protección de víctimas y testigos, tiene dentro de sus funciones la de brindar un apoyo desde el punto de vista social, psicológico, el acompañamiento legal por parte de los abogados todos estos profesionales hacen en conjunto una valoración del caso y les dan a víctimas y testigos un tratamiento de calidad y protección, para poder hacer frente al proceso judicial, esto es importante porque muchos de estos sujetos pueden estar bajo amenaza o pueden sufrir de problemas psicológicos generados de la misma violencia que produce el estar involucrado en la comisión de un hecho delictivo, esta

protección se realiza por medio del personal profesional que forma parte del programa de atención a víctimas y testigos del ministerio público

#### Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Sobre esta resolución de la sala constitucional en resolución 17907 del 2010 hace un análisis con base en el debido proceso y esto más específicamente hablando del derecho a la defensa, enfocada en cubrir los derechos del imputado la defensa alega que se vulnera el artículo 21 de la constitución política sobre el derecho a la vida y derecho a la defensa en el 39 de la constitución política, por mantenerse la protección de las características físicas del testigo hasta la sentencia firme, dice la defensa que esto viola los tratados de derechos humanos y significa un retroceso de los mismos y esto porque el imputado según dice la defensa tiene el derecho de conocer la totalidad de la prueba que, tampoco sabe quienes lo acudan y no tendría un pleno derecho a realizar el contradictorio lo cual causa una asimetría, y porque no podría conocer el lenguaje físico del testigo a la hora de rendir su testimonio ante el juez, bajo las reglas de la intermediación

Sobre este particular es que se alega que hay una contradicción entre los artículos 204 bis y el artículo 304 ambos del código procesal penal, el primero limita la protección a las dos etapas del proceso y el segundo 304 durante todo el proceso hasta la sentencia firme

Es así como con el aumento de la criminalidad organizada y los delitos paralelos a este como serían el sicariato y el narcotráfico y aun en delitos de homicidio, el estado ve la necesidad de aumentar según una normativa especial, la protección de personas vulnerables y es así como sale a la luz la ley especial de víctimas y testigos número 8720 esto trae la figura controvertida del testigo sin rostro y es así como los defensores alegan que se vulnera el principio de legítima defensa lo que genera la consulta a sala constitucional

Se considera en este estudio que es importante considerar el derecho a la defensa del imputado, pero cuando se generan delitos graves, y muchos de estos con la agravante de estar logados a crimen organizado, que utilizan de manera histórica los medios de intimidación para lograr sus objetivos delictivos, se tiene que ponderar en una balanza, a quien tiene el estado el deber de proteger atendiendo a la normativa internacional de los derechos humanos

antes citada, cual es la parte vulnerable del proceso, la que muchas veces no se quiere ver involucrada en un proceso penal, por el miedo que le genera ser parte de una situación de amenazas y si se llega a un extremo mas complicado se pueden ver involucrados los familiares y el testigo con un resultado de perdida de vidas humanas

Esta falta de protección genera dos fenómenos y es que las personas que pueden llegar a brindar un servicio de calidad a la administración de justicia penal se sientan con miedo o se escondan a la hora de ser llamados a testificar en un caso de alta criminalidad, poniendo de manera especial la seguridad de sus familiares mas cercanos y la segunda que afecta directamente a la justicia, es la impunidad que se genera si estas personas que realizan esta colaboración deciden no presentarse al juicio aun cuando tienen un mandato por medio de la compulsión del art 208 del ccp, esto puede generar que se desborde la criminalidad, porque el estado no administra su justicia de forma adecuada y balanceada

El derecho a la vida esta plasmado en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales forma parte nuestro país, pero no son exclusivos de una parte del proceso, se supone que, en el desarrollo de la justicia, hay un principio de igualdad de partes, pero en este caso la balanza se mueve mas al lado del imputado, dejando al testigo “vulnerable” ante una eventual agresión por el acusado que lo visualiza como aquel que permitirá o facilitará una sentencia condenatoria.

Del mismo modo resuelve sala constitucional que durante la fase de juicio oral y público lo único que se puede aumentar son las protecciones extraprocesales, de esta forma cuando hablamos de delitos de alto impacto cuando la delincuencia es organizada y sus intereses delictivos se ven cortados por la justicia las medidas que pueden aplicar este tipo de criminales son extremas, con el fin de lograr su impunidad y bien librados de la justicia, del mismo modo la ley especial de victimas y testigos limita en su articulo 9 inciso c el seguro que se le puede brindar de protección a los testigos, según las finanzas del estado, las cuales sabemos son limitadas como lo dice el articulo 9 de la ley de protección de víctimas y testigos, así se resuelve en la resolución 17907-2010 de sala constitucional

Sostienen que las normas consultadas no resultan inconstitucionales, toda vez que responden a casos de excepción en que la valoración del riesgo debe pasar de previo por el tamiz jurisdiccional, con los elementos de prueba que permitan sustentarlo, dándole a la defensa

técnica las garantías suficientes para realizar el interrogatorio a la persona protegida con base en la declaración del deponente, desde el momento en que se adopte la medida de protección y ampliándose esas garantías en juicio, cuando la persona protegida comparezca al debate y se le revele a la defensa técnica su identidad, para descartar cualquier situación contraria a los intereses del imputado. A partir de este momento, en el cual se ha logrado evacuar exitosamente el testimonio para la sustanciación del juicio, las medidas extraprocesales tendrán su máxima cobertura, en aras de resguardar la vida de la persona que colaboró con la administración de justicia, pese al peligro que representaba para su vida.

#### ARTÍCULO 9- Derechos de las personas bajo protección

c) A tener un seguro por riesgo, durante el proceso, en caso de lesión o muerte, a cargo del Programa de protección de víctimas y testigos, cuando este Programa tenga recursos disponibles.

Aun cuando en su resolución sala constitucional deja sin efecto la protección de las características físicas del testigo hasta la sentencia firme, y que se aplique tanto el 204 y el 204 bis que lo limitan a las dos primeras etapas, las normas que permiten esta protección durante todo el proceso siguen vigentes, aun cuando la aplicabilidad de la consulta a la sala es vinculante

En consideración si se puede proteger al testigo hasta que se dicte sentencia poniendo los institutos de los derechos humanos en una posición superior, y considerando que prima el derecho a la vida, que se pueden tomar medidas donde se respeta para el imputado tanto el contradictorio como el principio de inmediación, aun cuando se hace un ocultamiento que puede proteger al testigo de sus características físicas

Este ocultamiento se puede lograr tomando medidas, que protegen su identidad, pero que no dejan en total indefensión al imputado, el uso de pantallas por las cuales ni el defensor ni el imputado pueden reconocer las características físicas del testigo, pero el juez manteniendo el principio de imparcialidad y siendo perito de peritos, puede valorar el testimonio, y dar cuenta de que es la persona que se ofrece como testigo para la fase de juicio, también el juez

puede controlar sus movimientos físicos, darse cuenta de que no está siendo manipulado para beneficiar o perjudicar a la parte imputada o que caiga en inconsistencias mientras brinda la declaración, del mismo modo utilizar la distorsión de la voz, y demás medios de protección procesales para resguardar su identidad, siempre respetando el derecho al contradictorio que tiene la defensa y el imputado

Concomitante con la afirmación anterior, el desarrollo de la defensa plena del imputado implica la posibilidad de permitirle la posibilidad de realizar el interrogatorio y tenerlo bajo la observación y escrutinio de todas las partes involucradas en el proceso, ya sea a través de “video conferencia” o en la misma sala pero con la distorsión en sus características individualizantes; se protege la identidad física del deponente y su riesgo de ser víctima de algún atentado contra su integridad física o de su familia; además la parte que ofreció el testigo protegido desde la fase preparatorio debió hacer la gestión correspondiente ante la autoridad jurisdiccional para que esta valorara el riesgo previo informe emitido por la Oficina de Atención y Protección de Testigos, y se conservara “bajo protección” su identidad; procedimiento establecido en el numeral 204 bis del código de rito, norma que a su vez limita la citada protección hasta la etapa intermedia.

Pero, el mismo legislador incorpora otra norma procesal en el capítulo que permite la sustanciación del juicio, que corresponde al artículo 351 donde autoriza al Tribunal el recibir al testigo protegido y escucharlo conservando las mismas condiciones acordadas en las etapas anteriores, sin impedirle a las partes someterlo a su interrogatorio. El artículo de referencia (2019) en lo que interesa señala que

“...En igual forma para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el Tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener su reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes...”, el subrayado no corresponde al original; véase como el mismo legislador estructuró este instrumento probatorio con inspiración a los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, mencionados en líneas atrás; donde se garantiza la integridad física del declarante y a su vez se le garantiza a las demás partes (sentido amplio) ejercer el derecho de preguntar y repreguntar al mismo.

Del mismo modo se puede adjuntar a este testimonio mas prueba que se recabo en el lugar de los hechos, como serian huellas dactilares, rastros de sangre, reconocimientos, armas de fuego munición, grabaciones de video, peritajes, que logren darle una solidez a la realización de este testimonio que no sea solo con base el lo que brinda de información el testigo protegido, de esta forma podemos respetar el contradictorio el principio de inmediación de la prueba, el derecho que tiene el imputado al debido proceso, pero protegemos la integridad física del testigo la de sus familiares y se asegura que el proceso puede llegar a sentencia firme sin generar impunidad del mismo modo se afirma en la resolución 17907-2010 de la siguiente manera.

El instituto del testigo de identidad protegida es pues una herramienta importantísima y debe ser aplicado con mucha prudencia y sensatez para los casos excepcionales establecidos por ley y cuando sea absolutamente necesario. El Juez deberá controlar aspectos que no pueden ser controlados por las otras partes por dicha condición excepcional de recibir el testimonio, como por ejemplo aspectos relevantes como la confiabilidad del testimonio a través del lenguaje corporal.

En este mismo orden de ideas, tómesese en consideración que nuestro sistema probatorio actual prohíbe la “prueba tasada”, es decir, no se pueden establecer parámetros probatorios para demostrar la culpabilidad o no del imputado, es decir, la libre convicción de valoración de la prueba que debe hacer el juez al momento de hacer su análisis intelectual en la sentencia, basados con las reglas de la sana crítica cuyos sub principios son la lógica, la psicología, la experiencia, y el sentido común; de esta manera el Juez siempre deberá hacer una ponderación de todos los elementos probatorios incorporados por las parte en el proceso oral y público. Dicha práctica jurídica evita posiciones abusivas y excesivas de la autoridad jurisdiccional.

La problemática presente dentro de la aplicación de la figura del testigo sin rostro es la normativa presente tanto dentro del código procesal penal, como la de la ley especial de

protección de víctimas y testigos y esto sucede porque las normas dentro de estos cuerpos normativos eran contradictorias como vemos en los siguientes ejemplos.

Por una parte, tenemos la normativa que limita la figura de la protección a las etapas preliminar e intermedia:

Artículo 204 cpp sobre el deber de testificar en su última línea nos dice:

La reserva del testigo protegido solamente regirá para la fase preliminar e intermedia.

Luego tenemos el artículo 11 de la ley de protección de víctimas y testigos que introduce las protecciones extraprocesales y de la misma manera pone en vigencia el artículo 204 bis

Artículo 204 bis sobre las medidas de protección:

Este artículo se refiere a las medidas de protección procesales las cuales limita a las primeras dos etapas del proceso e introduce el anticipo jurisdiccional de prueba para la figura del testigo bajo protección.

Así tenemos la normativa tanto procesal penal como la especial que regula todos los segmentos para dar una protección a los testigos y las víctimas dentro del proceso, pero en este caso con la limitante en base a los principios procesales y derechos constitucionales más los instrumentos de derechos humanos que limitan esta protección a las dos primeras etapas del proceso penal pero no para a fase de juicio.

En contraposición tenemos la normativa dentro del código procesal penal que avala esta protección como se lo podemos ver en este ejemplo:

Artículo 319 cpp finalizada la audiencia...en esa misma oportunidad, el tribunal deberá examinar la procedencia, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares. A la vez se pronunciará sobre la solicitud de protección de víctimas o testigos o sobre el mantenimiento o cese de las medidas acordadas.

Artículo 304 cpp en esta misma oportunidad el Ministerio Público o el querellante le solicitarán al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo

o la víctima, según el caso o bien, que se continúe con la protección ya acordada, hasta la sentencia firme.

Artículo 351 cpp en igual forma para la recepción del testimonio de una víctima o un testigo protegido el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección en especial cuando sea necesario mantener reservadas las características físicas individualizantes del declarante como su rostro y su voz.

De esta forma podemos ver como hay una contradicción de normas dentro del código procesal y la ley especial de víctimas y testigos 8720, lo cual causa inseguridad jurídica sobre cuál es la norma aplicable en los casos en los que se tiene un caso de alto impacto y se tiene que brindar protección a un testigo y cuál puede ser el alcance de estas normas o sus límites.

Es por esto, por lo que se hace una consulta de constitucionalidad, en la cual se pretende definir o hacer un criterio unificado de estas normas que están contrarias en su aplicación en la práctica, de esta forma la Sala Constitucional con base en el respeto de los institutos de derechos humanos define en la sentencia 17907-2010 en la cual hace una unificación del criterio sobre los alcances de protección sobre testigos en el proceso penal de la siguiente manera.

Surge la duda de la juzgadora en cuanto a las normas referidas, en relación con lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, que garantiza el libre ejercicio de la defensa por parte del imputado. Afirma que los artículos 204 bis y 304 se contradicen entre sí, puesto que en el primero se indica que la protección de la identidad física del testigo se puede prolongar por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, con excepción de la etapa de juicio y el artículo 304 cpp establece que la protección acordada puede continuar hasta sentencia firme.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en cuanto al acceso irrestricto del imputado a conocer las pruebas en su contra y la posibilidad de combatirlas, como aspectos fundamentales del debido proceso (Pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias 1739-92, 5980-95, 7693-02, 13080-05 y 13853-08). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en su jurisprudencia ha resuelto repetidamente que debe concederse a quienes hayan sido acusados de la comisión de un delito, el derecho de examinar a los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. Ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: “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 [...] 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.

De esta forma la Sala constitucional con base a una consulta unifica los criterios y define que la protección de los testigos rige solo para las dos primeras etapas del proceso penal y basa su consulta en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales forma Costa Rica como país firmante es importante que como tanto dentro del código procesal penal como de la ley especial 8720 existen protecciones procesales y extraprocesales, la sala resuelve que forma de brindar protección al testigo, cuando este llega a la fase de juicio sería aumentando únicamente las protecciones extraprocesales las cuales serían artículo 11 inciso b) ley 8027:

La víctima será escuchada en todo procedimiento en que se pretenda brindarle protección. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, coordinará con todas las fiscalías del país la protección de las víctimas y, previo requerimiento del fiscal canalizará, por su medio, la información necesaria para sustentar las medidas de protección o las solicitudes de medidas cautelares, según el artículo 239 del Código Procesal Penal.

En la resolución de sala constitucional que define la protección extraprocesal como la única manera de brindar seguridad al testigo durante la fase de juicio, se puede hacer una correlación con el artículo 9 inciso c) sobre los derechos de las víctimas y los testigos de la ley 8720 que dice:

c) A tener un seguro por riesgo, durante el proceso, en caso de lesión o muerte, a cargo del Programa de protección de víctimas y testigos, cuando este Programa tenga recursos disponibles.

Esta última línea del artículo nos hace ver que la posibilidad de aumentar las protecciones extraprocesales, solo se pueden implementar cuando el estado tenga los medios necesarios para implementarlos de otra forma si los fondos son insuficientes estas protecciones no se pueden practicar.

Sobre la normativa y principios de la convención americana de derechos humanos sobre los que la Sala constitucional define su posición con respecto a la consulta de la figura del testigo sin rostro

Artículo 2. si los ejercicios de los derechos y las libertades antes mencionados no estuvieren contemplados por disposiciones legislativas, los Estados parte se comprometen a adoptar con base en sus normativas constitucionales y las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas para aplicar estos derechos y libertades.

Artículo 8 sobre las garantías judiciales

8.1 toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez y un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

8.2 toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías mínimas:

F) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener comparecencia como testigos y peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

De esta forma con base en la normativa de los institutos de derechos humanos la Sala fundamenta la consulta y emite un criterio sobre la forma de protección de los testigos durante

el proceso penal, del mismo modo se puede hacer mención del principio al debido proceso en el cual la Sala Constitucional emite su criterio.

De este modo los bienes jurídicos tutelados se llevan a un rango constitucional en el cual se puede hacer un filtro de legalidad y es de este modo que se puede hacer un control de legalidad de la norma jurídica, dado que el principio al debido proceso tiene un rango privilegiado antes los otros principios, es por esto por lo que el concepto de debido proceso siempre va unido al de estado democrático de derecho.

Dentro de los principios del debido proceso podemos nombrar, el derecho a la justicia, derecho a la legalidad, derecho a un juez regular, derecho a la defensa, el principio de inocencia, y podemos agregar el in dubio pro reo.

Es importante resaltar que luego de la unificación de criterios de la sala constitucional, la sala en su procedimiento de protección de testigo avala y aplica, lo resuelto en la consulta a la sala y lo pone en práctica dentro de su proceso, por lo que la unificación de la protección se limita a las primeras dos fases del proceso penal para todos los efectos.

De la misma manera se maneja la figura del anticipo jurisdiccional de prueba en relación con su aplicación cuando estamos frente a un testigo protegido, y genera una controversia dado que los detractores, dicen que este instituto cuando se aplica a la figura del testigo sin protegido, y se lleva el anticipo jurisdiccional de prueba al juicio oral y público este avala la figura del testigo sin rostro.

El instituto del anticipo jurisdiccional de prueba se regula en el artículo 293 cpp y menciona lo siguiente:

Cuando sea necesaria la práctica de un acto irreproducible o cuando afecte derechos fundamentales, o cuando deba recibirse una declaración que por algún obstáculo se piense que no se podrá recibir en el juicio, o cuando el testigo pueda olvidar una circunstancia o cuando deba abandonar el país el ministerio público o cualquiera de las partes lo podrá requerir al juez. Cuando la seguridad de un testigo o víctima cuya, seguridad, vida o integridad física corran riesgo por motivo del proceso y el riesgo no se reducirá o podría aumentar en todos los casos en lo que se reserve las características físicas del

declarante por la existencia de un riesgo para su vida o integridad física se procederá a recibir testimonio de forma anticipada. Cuando la identidad del testigo o la víctima se encuentre protegida se recibirá el anticipo manteniendo las reservas de sus datos de identificación y con auxilio de medios tecnológicos que permitan.

En estos términos el 204 bis cpp también regula este instituto donde menciona lo siguiente:

Cuando el riesgo para la vida o la integridad física del testigo no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación y se trata de investigación de delitos graves de delincuencia organizada el juez o el tribunal, podrán ordenar mediante resolución fundamentada la reserva de las características físicas. Cuando así se declare, el juez de la misma resolución ordenara la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, de conformidad con el artículo 293 cpp.

Sobre el instituto del anticipo jurisdiccional de prueba como se mencionó anteriormente también existe una discrepancia por la relación que tiene con la figura del testigo sin rostro, en las dos normativas anteriores, tanto el 293 cpp que nos dice en cuáles casos excepcionales se puede aplicar este instituto, como el peligro de que una persona olvide lo que sucedió por una enfermedad mental, o la necesidad de salir del país, pero del mismo modo dice que cuando la integridad física de la persona o su vida se vean comprometidas entonces se puede realizar el anticipo jurisdiccional de prueba, y como menciona el 204 bis, lo puede ordenar el juez de oficio cuando este considere que el riesgo puede estar aumentado por ser un caso relacionado al narcotráfico.

La discusión que se hace con respecto al anticipo jurisdiccional de prueba es que si los peligros por los que a la persona se le tuvo que proteger desaparecen entonces este anticipo no se tiene que incorporar, porque hay una obligatoriedad del testigo de presentarse a la etapa de juicio.

De este modo si las amenazas continúan no se disminuyen si no que más bien se mantienen, entonces se debe incorporar el anticipo jurisdiccional a la etapa de juicio, ahora

bien, que sucede si en las dos primeras etapas del proceso como nos dicen los artículos 204 y 204 bis del cpp se puede proteger las características físicas del testigo.

La sala constitucional resuelve esto, y dice que el anticipo que se realiza en las etapas previas al juicio oral, es una forma de retrotraer la etapa de juicio oral y público, y que el anticipo que se practica ante el juez de la etapa previa, lo tiene que realizar con base en los principios de inmediación, contradictorio, si estos principios no se respetan entonces la prueba no puede ser admitida para la etapa de juicio, del mismo modo sala tercera adopta esta resolución de la sala constitucional y tiene como válida únicamente la prueba que respeta los principios procesales y los derechos del imputado a una legítima defensa, al contradictorio, y el principio de inmediación.

Se puede hacer un cuestionamiento después de analizar normativa procesal penal, la ley especial, los institutos de derechos humanos con su normativa, los principios transversales y los derechos constitucionales, más las normas contradictorias, el principio al debido proceso, que resulto en una consulta que resuelve la sala y la aplica la sala tercera, cabe hacerse la pregunta, se pueden ceder los principios cuando el imputado dentro del proceso penal forma parte de una estructura que opera bajo el crimen organizado, se puede buscar una igualdad de armas entre testigo e imputado en la fase de juicio, aun cuando se tendría que limitar los derechos del imputado, se puede llegar a un equilibrio en el cual se brinda protección al testigo y no se le disminuyen sus derechos al imputado, es válido tomar medidas de protección dentro la fase de juicio oral y público.

### **Objetivo 3 Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.**

Si se hace un análisis del derecho comparado podemos tomar en cuenta dentro de este estudio a países como Argentina, Perú, Colombia y España.

La escogencia de estos países en particular, es porque los países de América del sur en nuestro continente, tienen una realidad muy distinta a los países de Europa, y la razón de esto es que en de Europa, han tenido un problema amplio con situaciones de extremistas de personas unidas a ramas terroristas o grupos separatistas que utilizan como herramienta el

terrorismo muchos de estos pueden hacer terrorismo individual, nos podemos referir a España con el caso de ETA y los grupos terroristas de ramas musulmanas.

En los países del estudio que pertenecen a América del sur, han tenido la particularidad que su violencia tienen orígenes diferentes a las de Europa, el origen está en el narcotráfico y en el pasado en algunos de estos países existieron movimientos separatistas, pero siempre en mayor medida unidos a los grupos del narcotráfico como medio de financiamiento como en el caso de Perú.

Es así como cada uno de estos países tiene que implementar normativa para atacar la violencia que generan estos grupos, del mismo modo tienen que invertir presupuesto del estado en especializar a sus fuerzas armadas, dado que estas actividades delictivas tienen un financiamiento muy amplio que proviene de las ganancias del tráfico de drogas, del mismo modo se tiene que generar normativa especial para atacar el crimen organizado.

Esto pone sobre la mesa que se tiene que implementar una normativa que proteja a las víctimas y testigos de estos crímenes ligados a estructuras delictivas organizadas, y como la normativa de cada país tiene que responder a una situación lugar y tiempo específicos, y su realidad Nacional es acá que podemos ver como regula cada uno de estos países la normativa de protección de testigos en un momento específico de su historia y realidad.

En el caso de Perú este tiene una legislación de defensa de las víctimas y testigos más amplia que en otros países como podemos recordar en los años 90 bajo el mando del presidente Alberto Fujimori los derechos procesales de los imputados eran casi nulos, esto generó que se cometieran muchas infracciones a los derechos humanos con el afán de perseguir el delito, no había una estabilidad dentro del proceso para tratar a las partes y un completo desamparo de los imputados de un supuesto delito, y un completo descontrol del manejo de las fuerzas de seguridad, que al no regularlas se pueden cometer actos de injusticia individuales tomando el nombre de la justicia como justificante o como cortina de humo, de fondo un problema muy grande de terrorismo con el grupo Sendero Luminoso el cual llevó a los órganos del estado a tomar medidas coercitivas para limitar las prácticas terroristas de este grupo hasta eliminar a sus miembros, sobre este tema se implementa la ley de protección de testigos en Perú.

Es importante hacer ver que la legislación peruana hace una distinción de los testigos protegidos:

- 1) Agente encubierto: es el agente policial que realiza los actos necesarios para el descubrimiento de lo que se viene desarrollando el delito cuya ejecución ya se ha iniciado.
- 2) Agente especial o infiltrado: Es el que, no siendo miembro de la organización policial, tiene un vínculo contractual o dependencia con el Estado, realizando actos para prevenir el delito o posibilitar su persecución penal.
- 3) Informante: es la persona que sin pertenecer a la policía nacional brinda información relevante sobre los hechos de carácter penal a cambio de una recompensa.
- 4) Colaborador eficaz: es aquel que brinda información a cambio de un beneficio procesal.

Esto porque se reconoce que cada uno de estos agentes es el encargado de brindar seguridad por medio de los órganos del estado y que su situación de peligro necesita un tratamiento especial.

En lo que respecta a las medidas de protección, tanto procesales como extraprocesales, en la medida que la legislación lo permita, se consideran como adecuadas, la reserva de identidad y de domicilio, la prueba anticipada, el cambio de identidad, reubicación física del testigo, como también la protección intra penitenciaria cuando ello sea procedente.

Es importante resaltar como la legislación Peruana de protección de víctimas y testigos, valora la igualdad de partes dentro del proceso penal, pero del mismo modo reconoce como las víctimas y los testigos están en una posición de desventaja cuando son casos específicos en los cuales su integridad física se ve vulnerada por el tipo de criminalidad, es por esto que propone una serie de medidas que aumentan la vigilancia de los testigos y las víctimas como objeto de la protección del Estado y estas serían la prueba anticipada, reserva de la identidad y seguridad intra penitenciaria.

Del mismo modo la legislación peruana impone el levantamiento de las medidas para situaciones en las que el protegido no cumpla con los lineamientos a seguir, que pueden afectar su misma integridad física

Protección de testigos en Colombia esta legislación determina que se pueden exigir determinadas condiciones para la protección de riesgos contra la vida y seguridad personal, la corte de constitucionalidad colombiana determina que la seguridad personal es un derecho personal de los individuos y con base a esto se pueden pedir medidas específicas de protección por parte de las autoridades, con el fin de prevenir riesgos contra su vida e integridad personal.

Es importante señalar que en la ley de protección de víctimas y testigos de Colombia se les da una especial protección a las mujeres en especial cuando se refiere a que sean víctimas o testigos de un proceso como lo dice el siguiente artículo del Decreto 1737-2010 que modifica el programa de protección de víctimas y testigos ley 975 del 2007.

Artículo 2. el programa dará protección especial a las mujeres con énfasis en prevención, atendiendo al pedido de Corte de Constitucional sentencia T025-2004.

Es importante hacer énfasis en un detalle de la ley Colombia de protección de víctimas y testigos, y es que en ella la victima puede sugerir, medidas alternativas que se ajusten a sus necesidades dentro de los límites que tiene la ley y si estas pueden ser viables en su aplicación.

Otra aplicación importante en esta ley es que se toma en cuenta para su protección las características de la población que está siendo objeto de protección y con base en esto actuar con rapidez y eficacia para evitar que se concrete un daño a la integridad física o el resultado de muerte.

En el caso de pedir medidas de protección la buena fe se presume entonces es tarea del estado demostrar la mala fe.

De igual forma en esta legislación la protección está sujeta al presupuesto con que cuente el estado para poder brindarlo.

## Legislación Española sobre víctimas y testigos ley 1994-28510

Es importante señalar que aun cuando la sociedad Española sufrió por años la violencia de los ataques de grupos separatistas, que utilizaban esta forma de terrorismo como mensaje para el gobierno tratando de imponer sus objetivos, y que estos actos causaron un sin número de muertes, aun hoy en día que estos grupos locales se lograron controlar, en los últimos años las amenazas a la seguridad vienen más de grupos extremistas islámicos, que de grupos locales, la normativa de protección de víctimas y testigos de España es muy limitada y no cubre todas las necesidades de estas partes, cuando se ven en riesgo de amenazas o de su vida del mismo modo si esta se extiende a sus familiares.

2) A instancia del ministerio fiscal y para todo el proceso una vez que finaliza este si se mantienen las instancias de peligro se brindará a testigos y peritos protección policial y en casos excepcionales documentos con nueva identidad y los medios para cambiar de residencia o lugar de trabajo.

En la legislación española tenemos dos figuras cuando se refiere a la protección de testigos una es el testigo oculto y el testigo ausente, la legislación española no aprueba el testigo ausente o testigo sin rostro por resultar contrario a las reglas del debido proceso, pero se permite oculto.

Los testigos ocultos son aquellos que se presentan para un testimonio cuando no son vistos por el acusado, por ejemplo, cuando el testigo declara detrás de una mampara protectora que impide la confrontación visual directa con el acusado.

Los testigos anónimos son aquellos que se presentan por una persona cuya identidad es desconocida para el tribunal la defensa o ambos, en la subcategoría de los testigos anónimos caben distintas modalidades de anonimato, los supuestos donde el testigo por contingencias en el proceso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso, y aquellos otros donde si ha sido identificado y consta su identidad pero por decisión del tribunal se mantiene en secreto y no se da a conocer a las partes.

El uso de mamparas y biombos es el más frecuente en la modalidad de testigo oculto es una modalidad de semi ocultamiento.

La ley constitucional aprobó la utilización de la figura del testigo oculto no así la del testigo ausente, siempre que se respete el principio de contradicción en el interrogatorio en el juicio oral.

Pero esta ley del mismo modo deja desprotegido al testigo porque si antes de la fase del juicio oral alguna de las partes solicita que la identidad del testigo sea conocida entonces se está en la obligación por parte del tribunal de dar a conocer su identidad.

Sobre el reconocimiento del imputado como un riesgo dentro del proceso

Dentro del sistema acusatorio finalista, el imputado que llega a un proceso penal aun cuando el delito sea por un crimen de alto impacto, relacionado con el crimen organizado según el artículo 39 de la constitución política se presume inocente hasta no tener sentencia firme, el derecho a ejercer su defensa y demostrar su culpabilidad. Esto quiere decir que a la persona no se le puede llevar al proceso por el simple hecho de significar un peligro, o por tener una vida dedicada al crimen la cual puede estar debidamente probada por sus actuaciones anteriores, del mismo modo si esta persona ha pasado por procesos penales y ya se le dictó sentencia por esos casos se considera que es cosa juzgada material.

En este orden el derecho penal lleva al imputado al nuevo proceso considerando que este es inocente durante todas sus etapas, de la misma manera, tampoco se puede considerar que este es un peligro para la sociedad a futuro por cuanto si está dentro el proceso este se considera inocente hasta que no se dicte sentencia.

Bajo el sistema acusatorio garantista del proceso penal y el finalismo que se aplica dentro de la doctrina del derecho penal actual, este imputado no puede ser considerado un riesgo y por tanto se le tienen que respetar dentro del proceso todos los principios procesales y sus derechos hasta que no se demuestre su culpabilidad por medio de una sentencia firme.

De este modo se puede decir que el derecho penal responde a un tiempo y lugar específico, y estos momentos según el lugar de aplicación es cambiante, es por esto por lo que lo que sustenta la doctrina en el derecho penal sustantivo es de aplicación directa en el derecho procesal penal, y estas teorías han cambiado de acuerdo con esta realidad y evolucionan con los cambios sociales y con respecto a su análisis de aplicación, no hay teoría que sea estática como el derecho no es estático.

De esta manera con el desarrollo cambiante de las doctrinas y su aplicación en el tiempo se puede ver que hay una evolución en la aplicación de los diferentes institutos y que estas teorías manejan en momentos distintos su visión de la teoría del delito la cual han ido modificando y se le han agregado institutos o se le han hecho cambios.

Lo importante de la mención de estas teorías es como cada maneja su concepto de delito, cual es el examen que se le hace a una persona cuando entra en los parámetros de lo que considera el derecho penal una conducta delictiva contraria al derecho, muchos de estos institutos se han visto superados, por la constante evolución del derecho penal doctrinario, lo cual nos lleva a visualizar que el derecho penal no es una rama estática y al interpretarse sus institutos estos pueden variar a conceptos más novedosos tomando los más básicos y desarrollando teorías cada vez más novedosas, es por esto que el derecho penal toma sus institutos no solamente de una idea o una doctrina inamovible, si no que en su interpretación o desarrollo los estudiosos del derecho generan nuevas ideas y cambios de conceptos, sobre los cuales muchos operadores jurídicos pueden estar en acuerdo o desacuerdo, pero por ser parte de este crecimiento y al tener un sustento jurídico sólido es de especial importancia su estudio, de este modo no se puede aplicar una teoría sin tener como base a la anterior sobre la cual se dio sustento a la nueva, por eso es importante hacer un estudio de al menos tres institutos de estas teorías que desarrollan el delito con el fin de explicar porque se puede decir que la persona que llega a un proceso penal significa un riesgo no solo para la sociedad sino también para las partes del proceso y en especial el testigo que es objeto de este estudio.

De esta forma podemos hablar inicialmente se puede hablar del causalismo en su forma más clásica y el causalismo neokantiano los dos tienen la misma forma de analiza el delito, pero en el caso de la variante neokantiano se agregan institutos nuevos como variante, que parte de la evolución lógica de la teoría.

Dentro de esta lógica cuando estamos frente a una conducta delictiva, se hace un estudio de este y el resultado de esto es que los doctrinarios toman esta conducta y le tienen que hacer un análisis detenido de lo que se llama la teoría del delito, la cual consta de varias divisiones, pero que en su forma base serian:

La acción que es típica, antijurídica y culpable, en diferentes partes le agregan también al final de estos el punible.

Cuando se toma el acto que se presume delictivo se le hace un estudio en el cual el acto tiene que pasar por todas las divisiones de esta teoría del delito y solo hasta que se considera que aplica en cada una de estas etapas se considera la conducta como un delito.

En el causalismo en su forma más clásica en cuanto a la acción se refiere a una acción humana con voluntad la cual tiene un nexo causal con el final que se produce, de este modo no hay una separación entre la acción y el resultado cometido, cuando pasamos a la tipicidad esta hace valer esta acción como un acto externo y el único ejercicio que se tiene que hacer es comprobar el nexo entre la acción y el resultado para configurar el delito, la parte subjetiva está en la culpabilidad en referencia al dolo y la culpa, pero no se analiza la parte ontológica de la parte subjetiva, simplemente un ejercicio de culpabilidad, la parte objetiva se encuentra en la tipicidad que el acto este contenido en la norma y la antijuricidad que el acto sea contrario a este acto y que no tengo alguna causa de justificación, como lo menciona Rosario Barrado Castillo. Teoría del delito, evolución, elementos integrantes. ICAM. Junio 2018.

Este sistema cataloga la acción humana como el hito causal que desencadena un resultado. Así, se determina que una conducta es típica y antijurídica cuando la acción y el resultado se hallan contenidos en un tipo penal, por ejemplo, la acción de matar y el resultado causado de muerte. Dicha conducta se encuentra recogida en un precepto penal y por tal motivo, concurre dicha conducta es típica y antijurídica.

Del mismo modo el cambio que se da cuando esta teoría del delito la toman los neokantianos toman la base de la teoría causalista y a la acción que se caracteriza por ser un acto voluntario pero que se tiene que externar como un resultado a esta acción se le agrega la omisión que dentro de esta teoría es causar el mismo resultado, pero no haciendo, en este acto del mismo modo tiene que haber una voluntad de provocar el resultado, pero sin realizar el acto dañoso.

De este modo podemos tener una omisión por injerencia, esto es cuando la persona misma causa el peligro y por esto la persona es encargada de evitar el acto dañoso.

Tenemos del mismo modo la omisión, por contrato, cuando esta persona tiene un trabajo en el cual está obligada a brindar esa protección y de no hacerlo incurre en un delito de omisión por ejemplo un salvavidas.

La omisión de garante, cuando la persona tiene un deber de protección por la labor que desempeña, por ejemplo, un médico que no le da tratamiento a sus pacientes.

La siguiente teoría es el finalismo de Welzel

De la misma manera que las teorías anteriores esta tiene una base inamovible, y esta se varia con respecto a las subdivisiones que se hacen a cada una de estas bases, y es de esta forma como se le da un significado diferente a la aplicación de esta teoría.

En cuanto a la acción dentro del finalismo esta tiene que ser una conducta voluntaria pero esta voluntad tiene que estar relacionada con la parte cognitiva que es la habilidad de comprender el hecho que se comete y volitiva que tiene que ver con la motivación de cometer el hecho del mismo modo se analiza la omisión como anteriormente se apuntó.

En cuanto a la tipicidad, se da un cambio muy importante porque la parte subjetiva del dolo y la culpa ya no se analiza desde la culpabilidad esta pasa a la tipicidad de este modo la culpa y el dolo tiene estar enmarcados en la tipicidad de la conducta, en cuanto a la parte objetiva también se analiza en la tipicidad en este punto se ve el sujeto activo y pasivo, el nexo causal entre la conducta y el resultado, y el bien jurídico lesionado, en cuanto a la parte subjetiva el dolo y la culpa, el dolo es cuando actuó con toda la intención de llevar a cabo la acción y la culpa es cuando es una falta al deber de cuidado.

En cuanto a la antijuricidad es un juicio de imputación, y hay antijuricidad material y formal, el material la conducta vulnera el bien jurídico, pero no lo afecta.

Y la formal, la transgresión produce un daño.

En cuanto a la culpabilidad. Es el juicio de reproche que se le hace por una conducta que podía o debía no hacer en contra de la norma.

De este modo ya la conducta no es solo causa y efecto, sino que también es una acción, pero esta no está ligada directamente con el resultado, primero se tiene que hacer un

análisis de todos los instrumentos dentro de la teoría del delito para ver si esta acción se configura como un delito.

Del mismo modo podemos hacer un análisis de la teoría del funcionalismo la cual es de especial interés en este estudio, porque el fin es lograr probar que hay conductas asociadas a personas y estas si se pueden considerar un riesgo, tanto dentro del proceso penal como en la sociedad y que estos sujetos han dedicado una vida al delito y por tanto es un deber del Estado como garante de la seguridad de las personas en sociedad reconocer a estos sujetos como peligrosos, no solamente dentro del proceso penal si no de la misma manera en su desempeño social.

Dentro de esta teoría podemos citar a dos doctrinarios involucrados y cada uno le da un significado distinto a su desarrollo y aplicación del funcionalismo hablamos de Claus Roxin y Gunther Jakobs, estos se pueden considerar los precursores de la teoría finalista.

Roxin hace un estudio de las teorías clásicas de aplicación del delito y su fin con esta nueva propuesta es darle una realidad social a la doctrina penal muchas veces sumergida en amplias discusiones doctrinarias abstractas, esto porque la dogmática y la realidad se ubican en planos muy distintos y con soluciones poco practicas ara la realidad social, es así como Roxin se encarga de introducir un sistema más abierto de la mano con la política penal, y el fin es dar soluciones prácticas, de esta manera trata de darle otra visión a las teorías clásicas sin abandonarlas por ejemplo con la teoría de la imputación objetiva, sobre la culpabilidad.

De este modo el funcionalismo de Roxin va ligado a los derechos fundamentales consagrados en la constitución, relacionados con los fines de la pena, de esta manera la antijuricidad formal y material va ligados a los bienes jurídicos tutelados que forman parte del sistema social, es por esto que para Roxin el derecho penal tiene una función de adelantamiento en la prevención del delito con el fin de bajar los niveles de criminalidad, el fin de la pena para Roxin no es castigar sino más bien prevenir.

Roxin dice que la pena es insuficiente para pelear contra el crimen en la sociedad, y es más insuficiente aun la pena privativa de libertad, porque si al delito se le ataca de manera preventiva, la privación de libertad disminuye y el derecho penal se puede utilizar como una herramienta preventiva, pero se debe encausar el fin del derecho penal no como co accionador

sino más bien como un medio de prevenir, es así como Roxin propone penas alternativas en beneficio de la sociedad como el trabajo comunitario, pero pone una excepción cuando los delitos son muy graves o como él lo llama incorregibles.

El análisis de culpabilidad que hace Roxin es sobre responsabilidad del individuo que vive en sociedad y se tiene que someter a sus reglas y estas están impuestas en la constitución, si las personas se desvían de su rol en la sociedad y lo sobrepasan, en ese momento se vuelven responsables por su conducta, porque aun con esta responsabilidad y la aplicación del derecho penal el delito siempre va a existir, pero se puede disminuir a un grado aceptable.

Sobre la imputación objetiva de Roxin aplica a delitos de resultado y de peligro, no a los de peligro abstracto o de mera actividad, porque en estos últimos no se produce un resultado, este ejercicio de imputación es una previsión sobre el cuidado de los bienes jurídicos tutelados, en este caso se propone que este riesgo aumenta, o se sobrepasa un riesgo permitido.

No basta con hacer una imputación de un delito a un sujeto debe existir un proceso de selección y depuración de causas relevantes, que se extraen del derecho penal.

Debe existir la creación de un riesgo no permitido, en estos el resultado se produce de igual forma, si atropello a alguien que venía ebrio a mayor o menor velocidad se produce el resultado.

La realización de este riesgo en un resultado, si quiero matar a una persona y solo la hirió, pero cuando va en la ambulancia esta tiene un accidente y se muere.

La producción del resultado dentro del fin si dejo una pistola en la mesa y un depresivo se dispara con ella.

Sobre la teoría del riesgo de Roxin tiene una relación con el tipo objetivo de la imputación, esto porque es la parte del tipo que se exterioriza de la acción, y toda sociedad vive bajo riesgos, pero para poder desenvolvernos en sociedad tienen que haber riesgos que son permitidos, esto por el hecho realizar una actividad que es necesaria que genera un riesgo, pero se necesita para poder vivir en sociedad.

Pero este riesgo es permitido por el estado y sus reglas, el estado es el que pone un límite a este riesgo el estado lo hace tolerable, los miembros de la sociedad y el estado lo permiten.

Si la persona dentro de los parámetros permitidos comete un acto dañoso no se le puede imputar porque no está cruzando el riesgo que le es permitido por el estado y la sociedad.

Las dos formas de entrar en la teoría del riesgo es creando o aumentando uno ya existente y la imputación siempre se hace desde la parte objetiva.

Sobre la teoría de los roles de Gunther Jakobs, este autor tiene un concepto de crítica a las otras teorías bajo las cuales se construyó la teoría del delito donde se pone énfasis en el bien jurídico tutelado.

No cree que los análisis en el derecho penal se pueden hacer por características ontológicas de los sujetos, según Jakobs la imputación debe hacerse con un componente social, por lo que pone atención en la manera en la que se estructura la sociedad y los fines de la aplicación del derecho en el ámbito social, la responsabilidad penal varían según la responsabilidad social, la crítica que hace a la tutela de los bienes jurídicos es que estos son tan cambiantes y variados que pueden llegar a chocar dentro de la sociedad donde interactúan los bienes jurídicos y a las personas que hacen este intercambio se les designa un rol dentro de la sociedad y sobre este rol a derechos y obligaciones que determinan un rol social, se límites a este riesgo y el ciudadano tiene que comportarse dentro de los parámetros para no cruzarlo, de esta forma no defrauda las expectativas sociales.

Cada persona tiene roles definidos, con expectativas recíprocas, de este modo el portador de este rol es un garante y solo responde por su posición de garante, por esto la imputación objetiva es constatar quien es el portador de este rol que se sobrepasó.

Sobre el funcionalismo de Gunther Jakobs, este refiere a que en las otras teorías del delito se trata de solucionar el fenómeno delictivo como males, el hecho, el delito y la pena

Y estos males se basan en que el hecho cometido contradice la norma, y la pena impuesta que confirma la norma, al final la pena solo ratifica la norma que fue violada esa es

su función, por esto Jakobs afirma que la pena funciona a costas del delincuente, en lugar de ser un reproche.

La sociedad se mantiene por las normas y es por esto que la sociedad tiene una estrecha relación con la sociedad, sin normas no hay sociedad y no hay identidad, en el causalismo tiene que haber un nexo causal entre el acto y el resultado, en el finalismo tiene que haber una acción voluntaria que se hace externa con la finalidad de cometer el resultado, en el funcionalismo de Jakobs lo que se hace es una valoración, normativa o anti normativa de la conducta según las expectativas sociales y el rol que se desempeña

No se utiliza la parte psicológica del pensamiento del sujeto es solo que significa esta conducta desde un punto de vista normativo, si la conducta de la persona no se puede enmarcar en el tipo penal, y su actuación no está dentro del sol de su competencia esta persona no puede ser imputable.

Sobre el derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs es describir una serie de normas dentro del código penal que son contrarias al derecho penal del ciudadano, pero que estos dos al mismo tiempo tienen que convivir dentro de la normativa, es un grupo de normativas que son más estrictas y agravadas, y se describe en ellas un adelantamiento de la prevención del delito, cambiar el paradigma, generalmente el derecho penal actúa cuando ya se cometió el delito, se hace una restricción de acuerdo a la peligrosidad de la conducta, se mantienen las penas contundentes no hay disminución por tentativa, las normas especiales tiene un lenguaje y aplicación más combativa.

Dentro de normativa que aplica como derecho penal del enemigo se puede citar, medidas de alejamiento por violencia doméstica, delitos por tenencia de explosivos, donde lo que se configura es el peligro para la sociedad esto mantiene una penalidad contundente, la tenencia de drogas también se configura como un peligro, el delito de organización delictiva, o delincuencia organizada.

### **El funcionalismo de Jakobs la imputación objetiva y el derecho penal del enemigo**

Con base en el artículo 9 del código procesal penal y el 39 de la constitución política, se puede interpretar que dentro de sistema acusatorio garantista que se aplica con base en la teoría finalista del delito, como base doctrinaria del derecho sustantivo de aplicación en el

derecho penal en Costa Rica, podemos decir que hay una presunción de inocencia esto por cuanto a las personas no se les puede llevar a un proceso penal por un amplio historial delictivo o porque en el futuro esta persona puede tener una inclinación a cometer mas delitos, entonces estamos ante la inocencia durante todas las etapas del proceso hasta que se dicte la sentencia en firme y probando la culpabilidad del caso específico

Bajo el sistema doctrinario finalista aun cuando esta inocencia se presume, existe un sistema de adelantamiento a la comisión del delito, de esta forma podemos numerar los delitos de peligro abstracto por ejemplo la conducción temeraria, bajo nuestro sistema acusatorio se distinguen normas que actúan antes de la comisión del delito, aun cuando esta norma esta tipificada, luego de aplicarla se tiene que hacer un análisis de las etapas de la teoría del delito dentro del finalismo, para lograr determinar la culpabilidad del sujeto que comete el delito de conducción temeraria, porque durante este análisis se puede probar una imputabilidad, inimputabilidad o imputabilidad disminuida, del mismo modo dentro del tipo penal se tiene que hacer un análisis del dolo y la culpa y de este modo ligar al sujeto a una pena

Es así como vemos que dentro de nuestro sistema acusatorio garantista aun cuando la presunción de inocencia esta tipificada, tenemos normas que hace un adelantamiento o una prevención a la comisión del delito, y esto porque en una conducción temeraria bajo nuestro sistema el manejar a mas de 150 km/h significa un delito articulo 261 inciso b código penal, aun cuando se encuentra el tipo, luego de se tiene que hacer el ejercicio de la teoría del delito bajo sistema finalista para apuntar al sujeto en la culpabilidad, dado que aun cuando el sujeto cometió una falta a la norma penal, su falta fue manejar a un exceso de velocidad, pero sobre este acto se puede probar que el sujeto estaba bajo un estado de inconciencia al momento de cometer el ilícito, por ejemplo un coma diabético y esto lo vuelve inimputable, es de esta forma que dentro de nuestro sistema penal y procesal penal tenemos normativa que es mas severa y se anticipa a la comisión de un delito

Del mismo modo podemos citar otro ejemplo el cual sería el instituto de la prisión preventiva artículo 239 inciso b, último párrafo, inciso c , del mismo modo acá se hace un adelantamiento al derecho dentro del sistema acusatorio y se hace una presunción de peligros que puede cometer el imputado dentro del proceso penal, de continuidad delictiva o reincidencia, lo cual claramente como se dijo al principio contraviene la presunción de

inocencia del artículo 9 del código procesal penal y el 39 de la constitución política, de la misma manera el abono a la preventiva avala de manera tacita este instituto cuando existe una sentencia condenatoria

Es así como dentro del sistema acusatorio garantista que aplica la presunción de inocencia durante todas las etapas del proceso bajo un sistema de doctrina finalista del derecho, podemos distinguir lo que Jakobs llama el derecho penal del enemigo y esto significa que dentro de nuestro sistema finalista hay normas que son mas agravadas y que hacen un adelantamiento del derecho que mantienen una penalidad aumentada, y su finalidad es prevenir el delito aun cuando este no se ha configurado bajo el análisis de la teoría del delito aun cuando esta tipificado en la codificación penal

Es así como logramos encontrar una contradicción dentro de los artículos 9 del cpp y el 39 cp que nos hablan de la presunción de inocencia pero como se detallo anteriormente esta no se cumple en toda su extensión, y logra del mismo modo probar que hay actos aun dentro del sistema de aplicación finalista que se configuran como un riesgo por lo que el mismo sistema acusatorio hace un de conducta bajo estos tipos penales y otros de conducta delictiva de alto impacto como lo seria las organizaciones delictivas, las organizaciones dentro del sistema finalista no están prohibidas por la ley, y el delito no se configura dentro del iter criminis cuando todavía esta en la mente de las personas, pero está tipificado bajo ley especial que una organización delictiva por si sola configura un delito, de esta forma una vez que se les imputa la comisión de un delito, se tienen que hacer otro ejercicio de la teoría del delito finalista, sobre cual delito cometió la organización delictiva, de esta forma podemos decir que aun bajo el sistema finalista si hay una prevención

Sobre el funcionalismo de Jakobs

Jakobs deja de lado las discusiones doctrinarias sobre la teoría del delito y trata de hacer un derecho mas enfocado en lo social, entonces hace una combinación de la sociedad y el derecho penal, donde a esta sociedad se le dan roles específicos, y sobre estos roles la persona tiene que vivir en armonía sin intervenir con los roles de los demás ciudadanos, por otra parte esta el sistema penal que es la columna vertebral de la sociedad, el autor dice que sin la norma penal no existe sociedad, la sociedad se mantiene por la norma penal

Es así como dentro de la sociedad se nos da un rol de cumplimiento y de respeto por los demás ciudadanos y de la misma forma para poder interactuar con los otros individuos necesitamos que se nos permita un riesgo, porque el interactuar en sociedad no significa el respeto de los bienes jurídicos tutelado, es mas bien respetar la norma penal y mantenernos dentro de los riesgo que se nos permiten a la hora de interactuar en nuestras vidas, es así como manejar un carro puede ser un potencial riesgo, pero se nos permite hacerlo bajo un limite de riesgo, porque es necesario para desempeñar nuestros roles

Cuando el sujeto portador de ese rol con un limite de riesgo permitido y tutelado en una norma penal, crea un riesgo no permitido o sobrepasa un riesgo ya existente, la persona puede ser imputable de un delito, por el incumplimiento de su rol en sociedad y poner en riesgo a los demás ciudadanos siempre que esta persona se mantenga en este rol asignado

Es así como esta teoria del funcionalismo solo acepta delitos de resultado y no de peligro abstracto, porque impera la normativa penal, en el momento que la persona sobrepasa el riesgo permitido e incumpla los parámetros del riesgo que esta tipificado en la norma penal se vuelve imputable y se puede sacar de la sociedad por generar un peligro para los demás ciudadanos que si respetan sus roles y los limites del riesgo, no operan los delitos de peligro abstracto del finalismo porque si la persona no esta cometiendo un resultado dentro del ejercicio de su rol crear un riesgo no permitió o aumentar uno ya existente, bajo el funcionalismo tiene que haber un resultado que esta tipificado bajo el ejercicio de sobrepasar un riesgo, es así que si la norma dice no se puede el que manejar a mas de 150 km por hora dentro del funcionalismo ya y se maneja a 160 ya se sobrepaso el riesgo permitido y la persona es imputable ya existe un resultado típico, para luego hacer un ejercicio de responsabilidad según Jakobs

De esta manera el funcionalismo logra demostrar la conducta que sobrepasa el riesgo puede generar un problema para los demás individuos en la sociedad, bajo esta premisa las conductas que sobrepasan este riesgo permitido, pueden identificar a los sujetos que no pueden interactuar socialmente y separarlos

Es bajo esta teoría que se puede hacer un análisis del peligro que significa para los otros sujetos dentro del proceso penal el imputado, como persona que sobrepaso un riesgo, y si se logra reconocer el peligro, de esta manera se pueden tomar acciones en la protección del

testigo como parte de la sociedad que si respeta su rol en sociedad y no sobrepasa los riesgos permitidos, así brindarle la adecuada protección

Las doctrinas tienen aplicación cambiante según se discute en un espacio y tiempo específico unida a una realidad, cuando se aplicó en causalismo clásico, carecía de la omisión y tenía el instituto de la comunicabilidad de las circunstancias, bajo el causalismo neokantiano se logra agregar la omisión pero aun con la limitante del nexo causal, cuando entra el finalismo, de gran revolución dota a la acción volitiva y cognitiva de una finalidad en el resultado, pero si el resultado de esta acción tiene que tener una finalidad como explicar los delitos culposos donde hay una impericia muchas veces llamada falta al deber de cuidado, es así como con la evolución doctrinaria se producen cambios que se aplican al derecho penal y que indistintamente se pueden utilizar si se fundamentan para probar un punto

## **Capítulo V: Conclusiones y recomendaciones**

### **Conclusiones**

#### **Objetivo 1**

**Describir los derechos y obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo dentro del proceso penal.**

#### **Conclusiones para el objetivo 1**

**1.1** De acuerdo con el objetivo 1 se concluye, de no poderse aplicar estas protecciones, tanto dentro como fuera del proceso penal, no se aplique la obligatoriedad del artículo 204 y 208 del código procesal penal, por parte del testigo de acudir de manera obligatoria y brindar testimonio en el proceso, y la responsabilidad de adquirir obligaciones, cuando estas no son recíprocas por parte del Estado, cuando nos dice que la vida es inviolable del mismo modo las amenazas sin la realización del resultado muerte, pero sobre todo la seguridad contra el riesgo, cuando es obligación del Estado asegurar que todos somos iguales ante el amparo de la ley.

**1.2** De acuerdo con el objetivo 1 se afirma que el Estado tiene que ser vigilante dentro del proceso penal, del principio de igualdad de partes y el de igualdad de armas, si tomamos en cuenta el artículo 21 de la constitución política y el derecho al debido proceso 39 cp como

transversales del proceso penal, nos damos cuenta que se trata de brindar una igualdad o todas las partes que llegan al juicio esperando una resolución, pero al no brindarse la debida protección tanto procesal como extraprocesal, el Estado falta a su compromiso con el testigo y le violenta los derechos a quienes son más vulnerables dentro del juicio y cuando llama a un testigo a participar de un proceso.

Este mecanismo se puede hacer valer de manera coercitiva por medio de la policía, esta obligación de acudir como testigo en un caso de alta peligrosidad es una tarea que muy pocas personas quieren realizar, es por esto que el Estado tiene la obligación de respetar del derecho a la vida o el riesgo asociado de estas personas como testigos, porque el ejercicio que hacen de ir al juicio es una tarea peligrosa tanto para ellos individualmente como para los miembros de su familia, el Estado tiene la obligación de aumentar presupuesto tanto para protección extraprocesal o mantener un presupuesto estable, y no limitar esta ayuda si el gobierno no cuenta con los fondos suficientes, tienen que primar el derecho a esta protección, de las personas llamadas a resolver un conflicto de alto impacto, y no solo ver el riesgo que esto significa como un trámite, sino más bien como una realidad.

## **Objetivo 2**

**Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.**

### **Conclusiones para el objetivo 2**

**2.1** De acuerdo con el objetivo 2 se evidencia que dentro de las teorías dogmáticas, inicialmente se buscaba hacer un nexo entre la acción y el resultado causalismo, luego a este resultado se le agrega la voluntad como una finalidad es por esto que se vuelve un fenómeno más ontológico sobre elementos internos del ser humano y bajo la teoría del funcionalismo se ven los roles de los sujetos en sociedad, dentro de estos roles a cada sujeto se le dispone cuales son los riesgos que pueden ser permitidos y cuáles son sus limitantes, si cruza este límite entonces el riesgo se sobrepasa y se vuelve desvalorado, cuando este sujeto sobrepasa este riesgo permitido y genera el riesgo desvalorado y pone en riesgo a los demás sujetos de la sociedad, este sujeto se vuelve imputable

**2.2** De acuerdo con el objetivo 2 se afirma que el fin de este estudio es cambiar el concepto apegado a la interpretación de sala constitucional sobre la protección de testigos aun siendo de aplicación directa, del mismo modo generar cambios desde el punto de vista intraprocesal y extraprocesal dado que la normativa que protege al testigo durante todo el proceso no es inconstitucional y al mismo tiempo hacer observaciones de forma y fondo en las que la rigidez del cumplimiento de la igualdad no se aplica en todas las etapas del proceso, sabemos que la sala tercera implemento la consulta número 17907-2010, que lo que pretendía era unificar criterios de normas contradictorias, y de este modo aplicar uno, pero del mismo modo ya tenemos el código procesal penal y la ley especial de víctimas y testigos, que protegen al testigo en todas las etapas del proceso, de esta forma al tener sala tercera su normativa procesal penal y ley especial de protección de testigos, la forma de brindar esta protección seria, valorar la normativa especial y brindarle la protección necesaria al testigo y dándole más importancia a la norma especial 8720, basado en el principio de que ley especial priva sobre la ley general.

**2.3** De acuerdo con el objetivo 2 se define que, el Estado reconozca que el imputado en un caso de alto impacto, significa no solo un riesgo para las partes en el proceso, hablamos de las víctimas, testigos y peritos, que también representa un riesgo que alcanza a la administración de justicia cuyo fin es la solución pronta y cumplida del conflicto, en el proceso penal se puede no configurar de reconocimiento del riesgo del imputado, y esta inobservancia puede causar indefensión a las partes más vulnerables del proceso penal, la administración de justicia no se puede llevar a cabo si no se brinda la debida protección a las partes del proceso penal y más específicamente a los testigos.

**2.4** De acuerdo con el objetivo 2 se concluye que del mismo modo si no se reconoce que el sujeto dentro del proceso penal genera un riesgo, tampoco se reconoce que este riesgo se traduce a la sociedad y a sus individuos que forman parte de una comunidad, los cuales si cumplen con sus deberes y obligaciones dentro de los límites que impone la ley, y al ser esta comunidad la que delega el poder en los órganos del Estado es este es el llamado a prevenir este riesgo dentro de las comunidades, por medio del reconocimiento del individuo peligroso.

**2.5** De acuerdo con el objetivo 2 planteado se concluye que las teorías del delito doctrinarias son muy cambiantes, y no todas llenan los espacios vacíos que dejan al aplicar

el derecho penal cuando se comete un delito, y es con base a esto que se tiene que hacer un análisis previo de una conducta delictiva la cual aumenta el riesgo y puede generar el resultado delictivo, pero si y solo si se reconoce que hay personas que sobrepasan estos riesgo y significan un peligro tanto en sociedad, como dentro del juicio oral, no podemos hacer una diferencia entre lo que significa ser imputado de un delito y las demás partes vulnerables del proceso que el Estado se compromete a proteger hasta la resolución de sentencia sea negativa o positiva para las partes, este análisis se puede hacer de manera previa, y de este modo se puede brindar seguridad jurídica y protección

**2.6** De acuerdo con lo planteado en el objetivo 2 se define que aun cuando en el artículo 39 de la constitución se nos dice que cualquier persona que se lleva a un proceso se considera inocente hasta que no se le dicte una sentencia firme, se tiene que hacer una valoración del riesgo del imputado como persona, aun cuando esto significa un adelantamiento del derecho a modo de prevención, el código penal y el procesal tienen métodos preventivos, en el cual todavía no se ha cometido un delito pero en orden de prevenir un mal mayor se logra reconocer el riesgo y se le hace un reproche al sujeto, por ejemplo la prisión preventiva como medida cautelar, y los delitos de peligro abstracto como la conducción temeraria, de este mismo modo dentro del proceso se tiene que reconocer que ese sujeto que es llamado a un proceso de alto impacto puede significar un riesgo aun cuando se presume su inocencia, de este modo podemos brindar protección a las partes vulnerables del proceso y con el fin principal de llegar a una resolución rápida y justa para las partes. Lo esencial de un testigo protegido con sus calidades individualizantes será la verificación del riesgo o peligro a su integridad física o a la de sus familiares.

### **Objetivo 3**

**Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado.**

### **Conclusiones para el objetivo 3**

**3.1** De acuerdo con lo planteado en objetivo 3 se concluye que el reconocimiento de la evolución de las teorías doctrinarias y su desarrollo de aplicación en las diferentes

realidades de los estados, aun cuando muchas de estas se ven superadas en el tiempo, el derecho cambia y evoluciona y si los vacíos en el derecho se llenan y resuelven con la creación de normativa o la interpretación de estas normas, se puede reconocer dentro de una realidad nacional cambiante que se puede hacer una creación doctrinaria desde el funcionalismo como una teoría del delito aplicable, que se puede aplicar la teoría de roles, la imputación objetiva y que nuestro derecho tanto procesal como sustantivo penal está lleno de derecho penal del enemigo, por lo que este riesgo dentro de la sociedad se puede reconocer y el legislador lo reconoce y lo lleva a la práctica en algunos institutos preventivos, la obligatoriedad de llevar al testigo a brindar su testimonio en juicio, aun sin el consentimiento de este, es normativa pura de derecho penal del enemigo, así como la prisión preventiva, la organización delictiva, los delitos de violencia doméstica y las intervenciones telefónicas.

El derecho penal no se desborda por la aplicación específica de una teoría penal doctrinaria, el derecho penal se puede desbordar ante cualquier mala administración Estatal, sin importar cual teoría se éste aplicando en ese momento, si la administración del Estado no responde a sus ciudadanos que viven en comunidad en un espacio y tiempo determinados, y logran reconocer a lo sujetos que generan un riesgo para esta comunidad y logran contener este riesgo a tiempo, el Estado tampoco está cumpliendo como administrador de justicia.

Del mismo modo la valoración del anticipo jurisdiccional de prueba bajo las circunstancias del 204 bis y el 293 del cpp, se tienen que llevar a cabo bajo la protección de las características físicas del testigo, de esta forma, aun cuando al testigo se le proteja en la etapa de juicio oral y público, se puede confrontar, el anticipo con el testimonio dentro de la etapa de juicio y hacer una valoración para corroborar su veracidad, para situaciones de crimen organizado, tomando en consideración que nuestro sistema procesal penal genera en los Tribunales atrasos importantes que conllevan, en algunos casos, al olvido de detalles importantes del testigo.

**3.2** De acuerdo con lo planteado en el objetivo 3 se evidencia que el cambio en los aspectos más básicos de la protección del testigo durante el juicio, pueden ser de forma integral al grado de proteger sus características físicas y no disminuir por completo el derecho

al debido proceso del imputado, que es garantía para la defensa. Mejor lo elimina lo subrayado, ya lo dejó claro.

Y esto puede ser dentro del proceso de varias formas, ocultar sus características físicas y su voz, de esta forma la defensa tiene derecho al contradictorio, pero en este caso el juez como parte completamente imparcial, puede valorar de este modo el testimonio y el interrogatorio de la defensa, el juez imparcial, puede valorar si la persona está siendo guiada, si está leyendo algún documento, puede valorar las expresiones tanto faciales como, los movimientos que este realiza, mientras el juez valora esta conducta la defensa puede realizar sus preguntas.

Del mismo modo si se tienen que valorar más pruebas que puedan apoyar el testimonio del testigo, el testimonio que realiza este no se tiene que soportar solo en el aporte del testigo sino de manera más amplia con las demás pruebas recabadas durante el proceso, y el debido peritaje del mismo modo este peritaje se puede cuestionar, el fin es que de llegar a una sentencia condenatoria esta no sea solo en base al testimonio único de esta persona sino con apoyo de más pruebas que lo soporte.

Para realizar estos cambios dentro del proceso penal, no solo valoramos el derecho a la vida y el debido proceso, estos cambios solo se pueden lograr si, se reconoce que la persona que se lleva a un proceso penal y en especial de alto impacto, relacionado con delitos muy graves, significa un riesgo y el estado tiene el deber de reconocer este riesgo.

**3.3** De acuerdo al objetivo 3 se concluye que, en la ley 8720 de protección de víctimas y testigos artículo 9 inciso c, se limita el seguro por riesgo de muerte de las personas que hacen su función de testigos y se rige por medio de la solvencia económica del Estado, esto produce que si no tienen los medios económicos para hacerle frente, a los programas de protección de testigos los puede limitar, esto puede causar que las personas que se ven involucradas como testigos, no se vean en la mejor disposición de ayudar a la resolución de un conflicto penal y que la impunidad se incremente

## **Recomendaciones**

### **Objetivo 1**

**Describir los derechos y obligaciones implícitas en el involucramiento del testigo dentro del proceso penal.**

### **Recomendación del objetivo 1**

**1.1** De acuerdo al objetivo 1 se recomienda que se respete el derecho a la vida presente en el artículo 21 de la constitución política y en el artículo 4 de la convención americana de derechos humanos, como un derecho superior por encima del derecho a la defensa, cuando se deja en indefensión a los testigos del proceso penal, que se implemente los artículos 304 y 351 del código procesal penal que definen la protección a los testigos hasta la sentencia firme, del mismo modo que se aplique la ley especial de protección de testigos y se brinden las disposiciones extraprocesales de acuerdo a las necesidades del testigo

**1.2** De acuerdo al objetivo 1 se recomienda que se le haga una reforma a los artículos 208 y 204 sobre la obligatoriedad de llevar al testigo bajo una coerción por parte de la policía administrativa, mientras el Estado no sea vigilante de la integridad física del imputado durante todas las etapas del proceso penal hasta en apelación de sentencia

### **Objetivo 2**

**Identificar elementos de vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del testigo sin rostro y las garantías procesales del imputado a partir de su participación en el acto jurídico.**

### **Recomendaciones para el objetivo 2**

#### **Recomendaciones**

**2.1** De acuerdo al objetivo 2 se recomienda que si el juez dentro de sus actuaciones tiene la dirección del proceso siendo una parte imparcial y objetiva, artículos 5 y 6 cpp , este puede realizar estas actuaciones de manera que esté identificado plenamente y sólo el juez y la parte que lo ofreció la conocerá, también se descarte que el testigo no está leyendo un texto, ni está siendo guiado por otra persona, o estar pendiente de las expresiones físicas o faciales del imputado, al momento de rendir su testimonio, la defensa podría realizar el interrogatorio, pero no con las características físicas al descubierto, del mismo modo el

imputado tendría esta posibilidad limitada, Sólo cuando su integridad física o la de sus familiares se encuentren en riesgo o peligro.

**2.2** De acuerdo al objetivo 2 se recomienda que las pruebas, incluyendo el testigo protegido sea valorado conforme a las reglas de la sana crítica, evitando que el Juez asuma posiciones arbitrarias en perjuicio de alguna de las parte.

**2.3** De acuerdo al objetivo 2 se recomienda que si sala tercera adopta de manera directa la unificación de criterios de interpretación por parte de Sala Constitucional sobre la figura del testigo protegido, que avala el artículo 204 y 204 bis que limita la protección de características físicas del testigo y la desaplica para la audiencia de juicio oral y público, se tiene que valorar aplicar la ley 8720 especial de víctimas y testigos en su artículo 11, y empezar a implementar la normativa que ya está presente en el código procesal penal sobre la protección de testigo que cubre hasta las últimas instancias del proceso penal artículos 319, 304, 351 del cpp, del mismo modo se puede ampliar la ley de protección de víctimas y testigos para haya una protección aun después de finalizado el proceso por un tiempo prudencial si el riesgo continua de ser necesario o en caso de un revivio.

**2.4** De acuerdo al objetivo 2 se recomienda mantener el anticipo jurisdiccional de prueba aun cuando el testigo sea protegido a este se le reserven sus características físicas en la audiencia oral y publica, esto por cuanto se puede hacer una revisión que puede, ayudar tanto a la contraparte que sería el imputado y la defensa a la hora de contraponer el anticipo con el testimonio que realiza en el juicio oral, esto para valorar si hay elementos que soporten el testimonio. Siempre y cuando la integridad física del testigo o de sus familiares se encuentra en peligro.

**2.5** De acuerdo al objetivo 2 se recomienda aplicar un reconocimiento del riesgo que significa ser un imputado de alta peligrosidad para las demás partes del proceso penal, esto se puede llevar a cabo implementando las medidas presentes en la ley de protección de víctimas y testigos y por medio del programa de protección de victimas y testigos del ministerio publico en sus diferentes áreas de competencia

**2.6** De acuerdo al objetivo 2 se puede recomendar que con base en la resolución 17907-2010 de sala constitucional los derechos del testigo a protección en fase de juicio oral

y público se ven disminuidos desde el punto de vista procesal, cuando hacemos una ponderación de derechos vemos que el riesgo a la integridad física del testigo no ayuda a la buena resolución de un proceso penal, esta disminución de derechos y garantías produce temor, por lo que hacer una correcta aplicación y una reevaluación con sala constitucional sobre la normativa que está aún presente en el código procesal penal y la ley de protección de víctimas y testigos sobre la protección del testigo hasta fase de apelación disminuiría la impunidad

### **Objetivo 3**

**Examinar el cumplimiento del debido proceso en la práctica de protección del testigo sin rostro y la ley de protección de víctimas y testigos en contraposición con los derechos del imputado**

#### **Recomendaciones para el objetivo 3**

**3.1** De acuerdo a lo planteado en el objetivo 3 se recomienda desde el punto de vista procesal se puede brindar una protección del testigo de sus características físicas, utilizando al sujeto más imparcial dentro del tribunal, que es el juez, este puede hacer un ejercicio como perito de peritos, puede valorar la declaración del testigo con estricto apego al principio de la sana crítica, el tribunal o el juez sería el responsable de cumplir con el principio de inmediación y contradictorio, cuando este brinda testimonio ante él y cuando la defensa le hace preguntas de interrogación al testigo el juez sería el encargado de vigilar la valoración del testimonio cuando se realiza en contradictorio por parte de la defensa, dada su función de independencia de guía del proceso, y también debido a su imparcialidad. Pero también cada parte durante la audiencia de debate constituye un contralor de las preguntas, ya que tienen la posibilidad de objetar aquellas preguntas inadmisibles o abusivas de la parte que las formula.

**3.2** De acuerdo al objetivo 3 se recomienda que es importante aumentar la protección extraprocesal, y la forma sería destinando un presupuesto al programa de protección de víctimas y testigos de Costa Rica que no se vea limitado, facilitar la movilidad de los testigos protegidos para sus traslados por parte de la policía, esto cuando se tengan que trasladar a las salas de juicio, que se aumente la vigilancia en su casa de domicilio o casa segura, cuando

esta se tenga que trasladar a otra vivienda para asegurarlo, del mismo modo los testigos tienen que cumplir con sus obligaciones, de aceptar las medidas impuestas por parte de programa de protección, y si viola estas normas, el término de su protección puede llegar a finalizar de manera anticipada. De igual manera esta protección extraprocesal se mantenga hasta que exista la certeza de que el riesgo o peligro a la integridad física que motivó la protección, desaparezca.

**3.3** de acuerdo al objetivo 3 se recomienda que los ingresos para este programa de protección de víctimas y testigos no sean limitados por las finanzas el Estado, que se destine un monto anual para su operación y que se brinde un seguro a los testigos en casos donde se vea comprometida su seguridad o la de su familia, parte del presupuesto a esta oficina debe ser para ofrecer este seguro, y del mismo modo que se valore la peligrosidad posterior al proceso que puede surgir para el testigo siempre haciendo una valoración detallada de cada caso. Incluso se puede destinar un porcentaje de los dineros decomisados producto del crimen organizado y que son ordenados en comiso, para que dicho rubro permita fortalecer el programa de protección de víctimas y testigos; esto significa que quien causó el riesgo también lo pagará.

### **Análisis de cuestionarios**

#### **Sujeto 1 respuesta número 2**

En esta respuesta se hace un reconocimiento, del temor que existe no solo sobre la integridad física del testigo, también los involucrados, reconocen que sumado a esto, la mayor de las reocupaciones es con sus familiares más cercanos, y el riesgo que les puede causar, el hecho de que se tenga la obligación de brindar testimonio, únicamente con protecciones extraprocesales y no dentro del proceso, del mismo modo aun con el anticipo jurisdiccional de prueba esto no genera una garantía, para el testigo, dado que cuando es bajo modalidad del testigo protegido, se tiene que respetar todas las formalidades de la etapa de juicio como una forma de retrotraer si efectos a etapas anteriores, por lo cual no se puede reservar su identidad en etapas previas al juicio oral y público, bajo esta modalidad.

#### **Sujeto 1 respuesta número 3**

En esta respuesta podemos ver como la persona en su análisis y conocimiento del peligro que significa el revelar sus características físicas, considera que se debería de valorar, en casos de alto impacto como crimen organizado o sicariato, el brindarle una protección que se puede ampliar a todas las etapas del proceso, con el fin de ayudar tanto al testigo, a su familia y evitar que se pueda caer en impunidad, por tener un resultado contrario, por elementos ajenos al proceso y que lo afectan.

## **Referencias**

### **Historia del derecho**

Antonio Solón Ruda (2019) “Breve historia del derecho Penal” Del primitivismo criminal a la era de las escuelas penales. Barcelona Bosh editorial.

Luis Paulino Mora Mora. “Sistemas procesales del Derecho Penal”. Centro de información jurídica. Colegio de abogados y Universidad de Costa Rica.

Cesare Beccaria. “Tratado de los delitos y las penas” Ed Heliasta SRL. 2012

Gabriela Dayanara Arias. “Análisis de los resabios del sistema inquisitivo en el código procesal penal de 1996. Universidad de Costa Rica.

Llobet Rodríguez Javier. “Sistemas procesales del Derecho Penal”. Centro de información jurídica. Colegio de abogados y Universidad de Costa Rica.

### **Doctrina Extranjera**

Claus Roxin. “Política criminal y sistemas de derecho penal lo siguiente” 2 edición. Ed, Hammurabi SRL. Buenos Aires 2000.

Carmen Navarro Villanueva. 2009 “Protección a testigos y peritos” Justicia revista de derecho procesal. Universidad de Barcelona.

Cesar Fortete (2005) “La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina.” Buenos Aires y Córdoba

Dr. Luis E Chiesa. “El caso del camarero Malvado” academia Edu. 2016.

Dr. Rafael Márquez Piñero. “El Pensamiento Jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann. Investigaciones jurídicas de la UNAM. México. 1999.

Ensayo. Silvia Rosales pedrero. “La protección de testigos en el proceso penal”. Canarias España

Estuardo Montero Cruz “El Funcionalismo Penal. Una Introducción a la teoría de Gunther Jakobs. Universidad Nacional del Sur. Buenos Aires. 2008

Fermín Morales Prats. Barcelona. 2015 “La utopía garantista del Derecho Penal en la edad media” Real Academia de Doctores

Giovanna F. Vélez Fernández, “La Imputación Objetiva fundamento y consecuencia a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs”.

Gunther Jakobs y Canció Meliá. “Derecho penal del enemigo”, ed. Civitas. Madrid 2003

Ítalo Reyes Romero. Ensayo. “Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva”. Universidad de Chile. 2015.

Manuel José Arias Eibe “funcionalismo penal moderado vs. funcionalismo radical”. Universidad de la Coruña. España.

Oscar Peña Gonzales, Frank Almanza Altamirano. Perú, (2017) “teoría del Delito” manual para su aplicación en la teoría del caso. Asociación Peruana de ciencias jurídicas

Raúl Eugenio Zaffaroni. Derecho Penal parte general. Ed. Ediar Buenos Aires. 2002

Rosario Barrado Castillo. 2018. Teoría del delito, evolución, elementos integrantes. ICAM.

Roxin, C. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Ed Civitas. trad. de la 2ª ed. Alemana. 1997

Sandra Jiménez Cambroner (2015) “La prueba testifical en el proceso penal”. Valencia. Tomado de, Universidad Miguel Hernández.

### **Doctrina Nacional**

Cecilia Sánchez. Derecho Penal aspectos teóricos prácticos, editorial Juricentro. 2009

Centro de información jurídica “la teoría del delito en la doctrina”. Centro de información jurídica. Informe de investigación CIJUL. Universidad de Costa Rica

Eduardo Briceño Cruz. (2012) “Ley 8720. Ley de protección a víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal”. A la luz del precepto del debido proceso Informe de investigación, (2012) “Medidas de protección a víctimas y testigos.” tomado de Costa Rica, CIJUL.

Javier Llobet Rodríguez. “Proceso penal comentado”. San José, Editora Dominza/Editorial Jurídica. Continental, 5ª. Edición

Jorge Kapfer Vásquez. julio del 2015, Jorge Kapfer Vásquez. “Medidas extraordinarias de protección a testigos en proceso penales en Costa Rica”. Tomado de Universidad de Costa Rica

M.Sc. José Arnoldo González Castro. San José 2008 “teoría del delito” Poder Judicial Costa Rica. Programa de formación de la defensa Penal

Maurice Francis Ghesquière Briceño (2010). “El testigo sin Rostro en Costa Rica” tomado de tesis Universidad de Costa Rica

### **Sentencias CIDH**

Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de la Cruz vs. Perú. Detención arbitraria por delito de terrorismo. de 18 de noviembre de 2004

Corte interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. “dirigentes del pueblo Mapuche contra Chile. 2014. Núm. 279

### **Sentencias Sala Tercera**

Corte Suprema de Justicia, Sala tercera Penal. Sala de Casación. Núm. 2012-000240

Corte Suprema de Justicia, Sala tercera Penal. Sala de Casación. Núm. 2017- 00051

Corte Suprema de Justicia. Sala tercera Penal. Sala de Casación. Núm. 2019- 00811

### **Sentencias Sala Constitucional**

Sala Constitucional, consulta de constitucionalidad número 01739- 92. “Los derechos del imputado” Rodolfo Piza Escalante

Sala Constitucional. Consulta judicial. “Reserva de la identidad y las características físicas de los testigos” Núm. 2010- 17907

Sala constitucional. Control de Constitucionalidad. Testigos reserva de identidad y características de testigos en el proceso penal. Núm. 18698 – 2010

Sala Constitucional. Resolución Numero 01759- 2000. “Inviolabilidad de la defensa.”  
Rodolfo piza Escalante

Sala Constitucional. Voto 1739 del año 1992. “La prisión preventiva”.

### **Sentencias Internacionales**

Sala Penal Nacional, colegiando” B” resolución 2016, caso comando Rodrigo Franco, Perú

Sala Tercera. Sala de Casación Penal Número de sentencia. Anticipo Jurisdiccional de prueba  
2020-01205

Sandra Jiménez Cambronero (2015) “La prueba testifical en el proceso penal”. Valencia.  
Tomado de, Universidad Miguel Hernández.

### **Apéndices**

#### **Programa de protección de víctimas y testigos**

Las personas que respondieron los cuestionamientos en relación al instituto del testigo protegido en modalidad de no identificación de sus características físicas, hacen referencia a la imposibilidad de brindar sus nombres, esto con base a que el cargo que desempeñan es de suma confidencialidad, en el programa de protección de víctimas y testigos del ministerio público, por lo que hacen la sugerencia de referirse a ellos como sujetos con numeración del 1 al 3

#### **Cuestionario 1**

##### **El testigo sin rostro**

##### **Sujeto 1**

**1- En casos de narcotráfico y de crimen organizado ¿puede afectar o no el resultado del proceso penal si el Ministerio Público no le proporciona la protección al testigo o víctima en la etapa de juicio ¿Por qué?**

R/ En realidad no es posible afirmar de forma contundente que si eso ocurre puede influir en el resultado del proceso penal ya que se deben tomar en consideración otros aspectos propios del proceso penal sobre los cuales la oficina no tiene ninguna injerencia. Lo que si puedo afirmar de mi experiencia es que cuando una víctima o testigo se encuentra en alguno de los dos programas (atención o protección) y ha recibido los servicios interdisciplinarios (psicología, legal y trabajo social) tiene mayores posibilidades de ejercer sus derechos en el proceso penal y rendir un testimonio de calidad cuando sea llamada al juicio.

Por ejemplo, una labor fundamental que realiza el OAPVD es lo que se ha denominado la preparación para el juicio, a cargo del profesional en derecho del equipo interdisciplinario y cuando se ha requerido con el apoyo de la persona profesional en psicología, ya que es frecuente que acercándose la fecha del juicio la persona usuaria experimente algunas afectaciones emocionales, razón por la cual debe ser abordada desde esa área.

**2.- ¿Qué efectos o consecuencias personales puede causarle a la víctima o testigo protegido, que durante la fase de juicio debe ser revelada su identidad?**

R/ Como es sabido la protección procesal no procede en etapa de juicio, según resolvió la Sala Constitucional porque violenta el derecho de defensa y esto trae sus inconvenientes.

En estos casos la víctima o testigo duda en querer participar de proceso penal y de rendir declaración en juicio por el nivel riesgo al que se expone pese que existe el programa y donde se dictaminan recomendaciones de seguridad (medidas extraprocesales).

El temor y la inseguridad que experimentan no sólo es hacia su integridad física sino también a la del resto del núcleo familiar.

Aunque se cuenta con la posibilidad del anticipo jurisdiccional de prueba en muchos casos es necesario esperar los avances de la investigación o la práctica de otras diligencias que permitan tener suficiente prueba o indicios del autor o autores del ilícito.

**3.- ¿Considera usted que la protección de la víctima o testigo debe o no mantenerse en todas las etapas del proceso penal? Explique.**

R/ Considero que a nivel procesal debe valorarse o bien que la normativa la faculte que en aquellos casos de naturaleza compleja o que correspondan a procesos relacionados con el crimen organizado, sicariato, narcotráfico, sea posible aplicar la protección procesal en todas las etapas del proceso penal, para garantizar la obtención de la prueba testimonial idónea y la protección a la integridad física y seguridad personal de la víctima o testigo.

**4.- ¿Considera usted que el derecho de defensa está por encima del derecho a la vida, al develarse la identidad de un testigo o víctima protegida en la etapa de juicio? Explique brevemente.**

R/ En mi criterio como abogado y actualmente coordinador del programa de protección, el derecho a la vida es un derecho fundamental y uno podría decir que está “por encima” del derecho de defensa. Sin embargo, a nivel procesal en realidad muestra dificultades ante la ponderación que debe hacerse de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y lo indicado por la jurisprudencia, razón por la cual debemos avanzar en dotar de mayor contenido y requisitos a la regulación normativa, porque en mi opinión el que exista la posibilidad de contar con testigos protegidos es un claro intento de buscar un equilibrio entre un proceso penal con todas las garantías para el acusado y la protección de los testigos protegidos y en este caso, sus familiares, en cuanto a su deber de colaboración con la Justicia.

**5.- Según su criterio, ¿el anticipo jurisdiccional de prueba evita el riesgo a la vida del testigo o víctima protegido y, se cumple o no con el derecho de defensa al ser incorporada en juicio? Explique**

R/ La situación de riesgo de una persona víctima o testigo no es infalible ni las medidas de seguridad que estas personas puedan implementar (medidas protección extraprocesales), el anticipo como remedio procesal es una alternativa que minimiza el riesgo, pero no lo evita o lo desaparece en su totalidad.

En lo personal estimo que sí se garantiza el derecho de defensa con la incorporación del anticipo en el juicio, pero igual que lo comenté en la respuesta anterior, es necesario hacer una ponderación efectiva de los derechos constitucionalmente protegidos ya que es ahí donde eventualmente puede haber una vulneración de ambos derechos (derecho a la vida y el derecho de defensa).

## **Cuestionario 2**

### **El testigo sin rostro**

#### **Sujeto 2**

**1- En casos de narcotráfico y de crimen organizado ¿puede afectar o no el resultado del proceso penal si el Ministerio Público no le proporciona la protección al testigo o víctima en la etapa de juicio ¿Por qué?**

Bajo la experiencia como profesional de la Oficina, si no se brinda atención y/o protección a una víctima o testigo, es muy probable una afectación en el resultado del juicio, por cuanto existan miedos, amenazas, eventos traumáticos, o de riesgo que afecten a la persona y/o su desempeño en el debate. En muchos casos, ni se presenta al juicio y esto crea impunidad.

No obstante, lo anterior, siempre que exista un riesgo para la víctima o testigo, se le podría gestionar el abordaje de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito y se valore su riesgo en cualquier etapa del proceso penal, incluida la etapa de juicio. Sin embargo, la aceptación o no al Programa de Protección, depende de la persona valorada, ya que el ingreso al Programa es voluntario.

Aunado a lo anterior, el artículo 12, inciso a) de la Ley N°8720, cuando exista la posibilidad de riesgo producto de la participación en un hecho delictivo, como los señalados, el funcionario o la funcionaria que conozcan del asunto, deberán canalizarlo a la Oficina para su valoración “... Cuando la solicitud no sea recibida directamente por la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, el funcionario público que la reciba deberá canalizarla, en un plazo máximo perentorio de veinticuatro horas, a la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, bajo pena de incurrir en responsabilidad.”

Una vez abordada la persona usuaria La Oficina dictamina una serie de medidas de protección extraprocesal, y de ser aceptadas por dicha persona, se comienzan a ejecutar de manera inmediata, contando con la orientación interdisciplinaria de una serie de profesionales que le apoyan desde diversas áreas como Derecho, Trabajo Social, Psicología y Criminología, así como los agentes de protección. Todos estos funcionarios en conjunto comienzan a desplegar una serie de mecanismos de protección para la persona con el fin de proteger su vida e integridad física, brindarle asesoría y acompañamiento en las diligencias judiciales, procurar su equilibrio emocional con la atención Psicológica, entre otros.

**2.- ¿Qué efectos o consecuencias personales puede causarle a la víctima o testigo protegido, que durante la fase de juicio debe ser revelada su identidad?**

Dentro de la experiencia, he visualizado a víctimas y/o testigos que producto de su declaración en la etapa de juicio con su identidad revelada, han sufrido miedos, estrés, crisis de ansiedad y otras patologías de la salud mental principalmente, además, también la persona podría verse nuevamente en un riesgo al dar a conocer su identidad, siendo que la persona imputada, familiares de ésta, organización criminal u otros, realicen nuevas amenazas o actos que comprometan su vida o integridad física tras su declaración, teniendo la Oficina que revalorar nuevamente su situación de riesgo y tomando medidas de protección extraprocesal y estrategias para su seguridad.

Dentro de la esfera procesal, debe de cumplirse con lo establecido en el Código Procesal Penal, Constitución Política y convenios internacionales.

Dentro de la esfera extraprocesal, se busca que al momento de rendir su declaración, la persona se encuentre tranquila, equilibrada, empoderada, y segura, de lo cual la Oficina a través de sus servicios brinde las herramientas, acompañamiento, empatía, asesoramiento y asistencia a la persona, en las diversas necesidades que producen los hechos delictivos.

**3.- ¿Considera usted que la protección de la víctima o testigo debe o no mantenerse en todas las etapas del proceso penal? Explique.**

Mientras la persona usuaria así lo autorice, existe la posibilidad de brindarle protección en todas las etapas del proceso penal y sí considero que es muy importante que esta se le brinde, ya que el riesgo puede darse desde diversas aristas, es decir, por amenazas directas, así como eventuales riesgos secundarios productos de terceros a causa de su participación en el proceso.

Como ejemplo, en la etapa de ejecución, estando la persona imputada en un Centro Penitenciario, la persona víctima o testigo sufre amenazas por su declaración.

**4.- ¿Considera usted que el derecho de defensa está por encima del derecho a la vida, al develarse la identidad de un testigo o víctima protegida en la etapa de juicio? Explique brevemente.**

Este tema puede visualizarse desde diversas ópticas, inclusive, desde algunas vertientes filosóficas y jurídicas.

En el marco de la legalidad, la razón del derecho de defensa para que la persona víctima o testigo declare revelando su identidad, proviene de múltiples fracasos políticos, jurídicos y otros, de ajusticiar a personas imputadas, la historia ha comprobado que fueron procesos no completamente objetivos en la sustentación de la prueba, al contar con una declaración sin el peso que da una identidad de la persona, lesiona la teoría del delito que hoy conocemos.

Como ejemplo de lo anterior, podríamos iniciar un viaje histórico a la antigua Roma, en el cual su modelo de justicia era el Sistema Inquisitivo, que data de viejos orígenes, sin embargo es el mejor y más claro ejemplo a recordar, es decir, en Roma se basaba la declaración de alguna persona romana que denunciaba a un esclavo como ladrón, y solo el hecho de ser romano, era prueba necesaria para llevar al esclavo a su muerte, como generalmente se castigaba; aun cuando no había hecho nada y tuviese sus pruebas a favor.

Lo anterior en una época muy diferente a la nuestra, pero si lo llevamos a la realidad, podemos recordar que antes de la última reforma al Código Procesal Penal, específicamente en el Código de Procedimientos Penales (1910), el cual dotaba al juzgador de indagar, instruir, dirigir y posteriormente dictar una sentencia, respondiendo a un sistema muy subjetivo, en el cual la persona imputada no podría alegar causas de justificación o

atenuantes, entre otras que al compararlo con el sistema actual, devengaría en múltiples violaciones a los derechos de las personas imputadas. No con lo anterior, cuando se reformó, el nuevo Código de Procedimientos Penales (1973), pese a sugerir un sistema mixto moderado, continuaba con un corte inquisitivo en sus procedimientos, ejemplo la etapa de instrucción era escrita, privada y no se daba completamente el principio del contradictorio.

En 1996, con la implementación del actual Código Procesal Penal, surgen cambios radicales en el trámite y sus procedimientos, protegiendo los derechos de las personas imputadas, que tanto se había deteriorado en instrumentos jurídicos anteriores.

Continuando esta misma lógica, diversos instrumentos internacionales defienden actualmente el derecho de defensa por la cantidad de actos lesionan el bien jurídico por el cual se les acusa, y si bien es cierto Costa Rica no es el centro de esta situación, lo cierto es que, por ejemplo, en América Latina en las últimas décadas, han pasado muchas dictaduras e injusticias por crímenes políticos, sociales, económicos entre otros que han expuesto a las poblaciones a vulnerabilidades jurídicas ante una acusación delictiva.

Por otra parte, también se debe analizar el derecho a la vida, que es importante ajustarnos también a las diversas épocas humanas para comprender su significado e importancia.

Pero con la intención de no engrosar la respuesta, solo indicaré que en las últimas décadas en América Latina han ocurrido miles de muertes (homicidios / femicidios), a causa de una alta criminalidad que es insostenible para la mayoría, y porque no, para todas las naciones que componen el continente.

En consecuencia de lo anterior, desde un punto de vista histórico, procesal penal y garantista de derechos, es importante y necesario el derecho de defensa en el proceso penal, sin embargo cuando la vida e integridad física de una persona (víctima, testigo, o demás sujetos intervinientes) es acosada por la persona imputada, grupos criminales o por su declaración; *considero que si debería priorizarse el derecho a la vida* y protegerse de una manera “procesal” de mayor peso jurídico y también de manera extraprocesal. Lo anterior no

es solo una opinión propia, ya que existen muchos procesos penales que, a falta de las declaraciones de las víctimas y testigos, finalizan en sentencias absolutorias, pero al mismo tiempo, en impunidad.

**5.- Según su criterio, ¿el anticipo jurisdiccional de prueba evita el riesgo a la vida del testigo o víctima protegido y, se cumple o no con el derecho de defensa al ser incorporada en juicio? Explique**

En mi parecer, sí, en muchos o en la mayoría de casos ya que no es una regla específica para minimizar el riesgo, sin embargo, sí contribuye en la estrategia de protección procesal y extraprocesal para la persona víctima o testigo.

En cuanto al derecho de defensa técnica, materialmente se da, ya que no podría realizarse el anticipo sin que exista una defensa del imputado ante la declaración de la persona, y esta diligencia se realice sin las mismas garantías del debate.

### **Cuestionario 3**

#### **El testigo sin rostro**

#### **Sujeto 3**

Como abogada de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima, del Ministerio Público, las respuestas las enfocare desde el marco extraprocesal de la ley 8720 y en lo procesal únicamente lo relacionado con la ley supra indicada.

1- En casos de narcotráfico y de crimen organizado ¿puede afectar o no el resultado del proceso penal si el Ministerio Público no le proporciona la protección al testigo o víctima en la etapa de juicio ¿Por qué?

SI. Porque a las personas protegidas, se les otorgan medidas de protección extra procesales que, *de conformidad con la ley 8720, art 3 inc. c estas son acciones o mecanismos tendentes a salvaguardar la vida, la integridad personal, la libertad y los demás derechos de la persona protegida, pueden ser acciones ordinarias, acciones encaminadas a preservar*

*la identidad y localización de las personas protegidas o extraordinarias para brindarles seguridad integral a las personas protegidas, de manera temporal o definitiva ante condiciones de extremo peligro o riesgo.* En virtud de ello el equipo de protección que ha dictado las medidas va a realizar las acciones que sean necesarias para que esa persona pueda asistir a todas las diligencias judiciales en que sea citado o deba participar dentro del proceso penal que es víctima o testigo, esto trae como resultado que esa persona víctima o testigo haga más adherencia al proceso penal y pueda llegar hasta la etapa de juicio a declarar, siendo la declaración en juicio fundamental en el resultado del proceso. Algunos ejemplos de acciones que se le brindan a la persona protegida son:

Recomendar y solicitar al Tribunal de Juicio, que la declaración de la persona protegida sea recibida por video conferencia, llevando a cabo la videoconferencia desde algún lugar seguro que la O.A.P.V.D. disponga.

Durante la declaración en juicio la persona víctima o testigo estará acompañada por un profesional, capacitado en primeros auxilios psicológicos a fin de dar contención emocional antes, durante y después de la declaración.

En caso de que su participación deba ser presencial ante el Tribunal o requiera un traslado seguro al lugar donde va a declarar, se solicitara el traslado, acompañamiento y protección de los agentes de protección de la unidad de víctimas y testigos U.P.R.O.V. que le acompañaran durante su declaración y al concluir su declaración, le retornaran a un lugar fuera de la zona de riesgo. Además, se solicitará en el ejercicio de su derecho como persona protegida de conformidad con el *ARTÍCULO 9.- Derechos de las personas bajo protección A tener a su disposición, en el tribunal donde se esté ventilando el proceso judicial contra el responsable del delito, un área que esté separada del imputado.*

Cualquier otra acción que se considere necesaria para que la persona víctima o testigo se sienta segura y pueda declarar en la etapa de juicio, sin sufrir alguna situación de riesgo antes, durante y al concluir su declaración en debate.

2.- ¿Qué efectos o consecuencias personales puede causarle a la víctima o testigo protegido, que durante la fase de juicio debe ser revelada su identidad?

En virtud de que nuestro proceso penal en Costa Rica es un proceso de garantías, la víctima o testigo debe declarar y poner en conocimiento su identidad a fin de garantizar todos los derechos de defensa del imputado.

A la luz de la ley 8720, se darán a las personas víctimas y testigos protegidas, las medidas de seguridad extraprocesales indicadas en la respuesta número 1.

Enfocando la respuesta en efectos conocidos y trabajados desde la Oficina de Atención y protección a la Víctima (*por sus siglas y en adelante la O.A.P.V.D*) Al momento de declarar por conocimiento de causa sabemos que un efecto o consecuencia personal de la persona que declara como víctima o testigo son las crisis emocionales, que puede ser cualquier estado de trastorno o desorganización; en razón de ello la O.A.P.VD., capacita a sus profesionales en primeros auxilios psicológicos, conocido por sus siglas PAPS (Slaikeu) a fin de que brinde contención emocional, sacar a la persona de la crisis de forma segura llevándole hasta la etapa de resolución de sus emociones.

3.- ¿Considera usted que la protección de la víctima o testigo debe o no mantenerse en todas las etapas del proceso penal? Explique.

Si. De conformidad con la ley 8720 Artículo 1: *El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, así como regular las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento.* Es decir, no hace exclusión en las etapas del proceso penal, para fines de protección se ve el proceso como un todo, lo que se valora es la situación de riesgo o amenaza que origino el ingreso al programa, si esta persiste y la persona quiere de manera voluntaria continuar en el programa de protección y cumpla con las medidas de seguridad extraprocesales otorgadas, la protección continuará en cualquier etapa, siempre y cuando el proceso penal se mantenga activo. De esta manera la persona ofendida víctima o testigo se sentirá segura y confiada en el proceso penal, logrando con esto el objetivo que es la participación y declaración en juicio de la persona protegida, contemplado como un deber en la *ley 8720 artículo 10 inciso k: Proporcionarles*

a las autoridades judiciales la información que le sea requerida sobre el hecho investigado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución Política.

4.- ¿Considera usted que el derecho de defensa está por encima del derecho a la vida, al develarse la identidad de un testigo o víctima protegida en la etapa de juicio? Explique brevemente.

No. *Ley 8720, Artículo 2.- Principios: Para la aplicación de este título, se tendrán en cuenta los principios siguientes: a) Principio de protección: considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas a que se refiere la presente Ley.* A demás es un principio fundamental que protege nuestra constitución política y convenciones internacionales.

Al develarse la identidad de un testigo o víctima protegida en la etapa de juicio, la persona protegida continuara bajo el programa de protección: *Ley 8720. art 3 Programa de protección: conjunto de operaciones realizadas por el Poder Judicial por medio de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, con el fin de garantizar la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la persona bajo protección.* Como es sabido con la declaración de la víctima o testigo no concluye el debate e inclusive el proceso continúa activo hasta que la sentencia que se vaya a dictar adquiera firmeza, esto da ventaja para que posterior a la declaración la persona pueda regresar a un sitio seguro y continúe por un tiempo más con las medidas extraprocesales de protección.

5.- Según su criterio, ¿el anticipo jurisdiccional de prueba evita el riesgo a la vida del testigo o víctima protegido y, se cumple o no con el derecho de defensa al ser incorporada en juicio? Explique

Sí. A la luz de la ley 8720, una persona protegida que declaró en anticipo jurisdiccional de prueba, su protección extraprocesal continuara, como argumento en respuesta 3, en todas las etapas del proceso penal, inclusive aunque hubiese declarado ya anticipadamente.

Se cumple o no con el derecho de defensa al ser incorporada en juicio: SI, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley establecidos en el código procesal penal, **artículos 293 y 294.** La Sala Constitucional en jurisprudencia, dicto el *Voto 3477-2000, que indica: No es*

*suficiente para que adquiriera plena eficacia en juicio, el acto, que la prueba se haya anticipado con todas las garantías, sino que también es necesario que se haya concurrido alguna de las condiciones para las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba, de modo que se justifique no esperar hasta juicio. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez, pero en el cual también puede tener injerencia la defensa a través del instituto de la actividad procesal defectuosa, pues en caso contrario la anticipación de prueba se podría convertir en regla, asimilando al proceso de la vieja instrucción formal, si se acepta cada solicitud del Ministerio Público para la anticipación de la práctica de determinados elementos de prueba, sobre todo respecto de la testimonial, con el fin de mantener prueba segura tendente a dar solidez al caso.*

### **Observaciones sobre los cuestionarios**

Las personas que respondieron los cuestionamientos en relación al instituto del testigo protegido en modalidad de no identificación de sus características físicas, hacen referencia a la imposibilidad de brindar sus nombres, esto con base a que el cargo que desempeñan es de suma confidencialidad, en el programa de protección de víctimas y testigos del ministerio público, por lo que hacen la sugerencia de referirse a ellos como sujetos con numeración del 1 al 3

### **Cuestionario sujeto número 2**

El sujeto número 2 refiere que desempeña cargo como profesional en el programa de protección de víctimas y testigos del ministerio público

Se elige agregar las respuestas de este cuestionario, porque nos ayuda a saber los límites normativos a los que se tienen que apegar las personas que trabajan en este programa debido al respeto al principio de legalidad, pero hacen referencia que del mismo modo se realiza una labor de manera que la persona que llega a necesitar los servicios de la oficina se le de una protección de calidad y una atención en todos los ámbitos no solo de protección sino también a nivel psicológico y legal

### **Cuestionario sujeto numero 3**

El sujeto numero 3 hace referencia a que es abogada del programa de protección de víctimas y testigos del ministerio público y en base al principio de legalidad solo quiere hacer referencia a este tema, basándose en la ley de protección de víctimas y testigos numero 8720

Se elige a esta persona dentro de los cuestionarios porque presenta una visión muy apegada a la ley de lo que se tiene que resolver conforme a la protección de testigos dentro del proceso penal y lo resuelto por sala constitucional sobre la limitación que se hace a las dos primeras etapas de investigación e intermedia no así en fase de juicio oral y público