

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS

CARRERA DE DERECHO

**EL TESTIGO PROTEGIDO EN EL CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO.
FASES DE PROTECCIÓN E IMPLICACIONES PROCESALES Y, AFECTACIÓN
A LA DIGNIDAD HUMANA.**

**THE PROTECTED WITNESS IN THE CONTEXT OF ORGANIZED CRIME.
PHASES OF PROTECTION AND PROCEDURAL IMPLICATIONS AND
AFFECTATION OF HUMAN DIGNITY.**

MSC EDWIN RETANA CARRERA.

*“El crimen organizado, una pandemia
Global que beneficia a muchos, pero,
mayormente afecta a más”.*

Edwin Retana.

Resumen

El testigo protegido constituye una figura procesal de carácter probatorio que la policía y el Ministerio Público pueden tener a su disposición cuando las circunstancias de un caso, dentro del contexto de criminalidad organizada así sea requerido, en especial cuando las posibilidades de conocer la estructura interna del grupo criminal, así como toda su actividad criminal no tenga otra opción y, se facilite la identificación de sus autores y la recopilación de la prueba útil y pertinente sobre la actividad y estructura funciona de la organización.

Desde esta perspectiva, el Estado debe asegurarle al testigo protegido y a su vínculo familiar más cercano, su integridad física y la vida, que podrían estar expuestos al riesgo de muerte por la colaboración que brinda el testigo. Esta investigación contempla las diversas fases de protección del testigo y que, ante un pronunciamiento de carácter constitucional de la Sala Constitucional de Costa Rica, debe mantenerse dicha protección únicamente hasta la etapa intermedia del proceso y no, en la de juicio; lo cual atenta contra la seguridad física del testigo, causando coincidentemente una total desmotivación para quien desee colaborar con la administración de justicia.

La figura del testigo protegido es analizada desde un punto de vista normativo procesal, jurisprudencial, doctrinario y convencional, en el cual se relaciona con el principio de dignidad humana y el principio de defensa.

Palabras clave: Testigo protegido, medidas de protección procesal, crimen organizado, anticipo jurisdiccional de prueba, Sala Constitucional, Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract:

The protected witness is a procedural figure of an evidentiary nature that the police and the Public Prosecutor's Office may have at their disposal when the circumstances of a case, within the context of organized crime, so require, especially when the possibilities of knowing the internal structure of the criminal group, as well as all its criminal activity, have no other option and the identification of the perpetrators and the collection of evidence is facilitated useful and relevant to the activity and structure of the organization.

From this perspective, the State must ensure the physical integrity and life of the protected witness and his or her closest family members, who could be exposed to the risk of death due to the witness's collaboration. This investigation contemplates the various phases of witness protection and that, in view of a constitutional pronouncement of the Constitutional Chamber of Costa Rica, such protection should be maintained only until the intermediate stage of the process and not at the trial stage, which threatens the physical safety of the witness, coincidentally causing a total lack of motivation for those who wish to collaborate with the administration of justice.

The figure of the protected witness is analyzed from a procedural, jurisprudential, doctrinal and conventional normative point of view, in which it is related to the principle of human dignity and the principle of defense.

Keywords. Protected witness, procedural protection measures, organized crime, jurisdictional anticipation of evidence, Constitutional Chamber, Inter-American Convention on Human Rights.

Objetivo general

Analizar las implicaciones procesales y personales de un testigo protegido en el contexto de la criminalidad organizada y en las etapas del proceso penal.

Objetivos específicos

1. Explorar la legislación y jurisprudencia penal sobre los derechos y deberes que adquiere un testigo sometido al programa de protección procesal.
2. Determinar qué limitaciones procesales presenta nuestra legislación procesal penal para el testigo protegido en el contexto de la criminalidad organizada.
3. Establecer si en la legislación procesal penal costarricense se suscitan conflictos de normas y de derechos humanos al contar con un testigo protegido.

Índice:

Introducción.

El proceso penal costarricense.

El imputado.

Fases del proceso penal costarricense.

Fase Preparatoria.

Criminalidad organizada.

La prueba en el proceso penal costarricense.

La figura del testigo protegido en criminalidad organizada. Marco legal.

Reglas procesales para el testigo protegido en las fases intermedia y de juicio.

Posición jurisprudencial de la Sala Constitucional y normativa de algunos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Manejo del testigo o víctima protegida procesalmente en el derecho comparado.

Conclusiones.

Recomendaciones.

Referencias.

Introducción

La criminalidad organizada en las últimas décadas ha venido creciendo y desarrollándose con métodos más tecnológicos que le permiten consolidar sus estructuras y extenderlas a mayor velocidad. El poder económico que cada una de las organizaciones ostenta alcanzar, implica la producción de conflictos internos y externos para lo cual utilizan métodos violentos para demostrar con terror su autoridad, como el ajusticiamiento, o bien, el acabar con la vida de quienes los han traicionado o se convirtieron en obstáculos para la continuidad exitosa de la actividad criminal.

El testigo protegido, aquel que ha decidido colaborar con las autoridades policiales en aportar información útil y pertinente vinculada con aspectos esenciales de funcionamiento de la organización criminal, merece un trato privilegiado de protección en donde se le asegure, no solo a él sino a su círculo familiar más cercano, su integridad física y su vida; debido a que el alto riesgo de ser ejecutado por los líderes de la estructura criminal es inminente.

Además, la importancia del testigo protegido para una investigación criminal viene a coadyuvar a la policía y al Ministerio Público u órganos encargados de la persecución penal, a tener una oportunidad idónea para superar las técnicas de comunicación más actuales como las redes sociales, las mensajerías digitalizadas y encriptadas.

De esta manera, no cabe ninguna duda de que el Estado a través de su cuerpo normativo positivo, así como inspirada en los diversos Convenios internacionales de Derechos Humanos debe garantizarle al testigo protegido y a su círculo familiar más cercano a dicha seguridad de mantenerlo seguro y no exponerlo a riesgos en su integridad física.

Esta investigación desarrolla las implicaciones procesales que tiene el testigo protegido en el derecho procesal penal costarricense, además una visión y análisis convencional sobre el derecho a la dignidad humana que debe el Estado garantizarle a este sujeto procesal durante el desarrollo de todo el proceso penal contextualizado en criminalidad organizada.

Finalmente, un análisis jurisprudencial penal y comparado sobre la garantía que debe tener el testigo protegido, así como la normativa que posee países como España, Colombia y Chile en el tema del testigo protegido.

No menos importante, un balance sobre las condiciones de protección procesal a que se somete el testigo y el principio de defensa plena que goza el acusado durante todo el proceso penal, donde se dictamina que dicho principio no queda disminuido al mantenerse protegido el testigo durante todas las etapas del proceso.

El proceso penal costarricense.

A partir del año de 1996, Costa Rica, cambia su legislación procesal penal con características inquisitivas a una marcadamente acusatoria, donde el Ministerio Público asumiría un rol predominante y responsable de la investigación penal, con el auxilio de órganos policiales judiciales y administrativos; normativa procesal que entra en vigor 2 años después, es decir, en el año de 1998.

En este sentido, el jurista costarricense Mario Houed en su artículo histórico denominado el procesal penal en Costa Rica (2018) refiere la transición de un código de procedimientos penales de corte inquisitivo del año de 1975 a uno acusatorio que su vigencia se da en 1998, al señalar:

El código fue creado por ley no. 5377 del 19 de octubre de 1973, aunque no empezó a regir sino hasta el 1 de julio de 1975, después de una “vacatio legis” de casi año y medio, dadas las no pocas controversias y discusiones, particularmente formuladas por algunos grupos conservadores de abogados que estaban acostumbrados a trabajar con el antiguo sistema (escrito) y que adversaban los cambios radicales que contenía la nueva legislación. Sin embargo, fue notorio, en aquella época, el salto cualitativo de una justicia penal fría, deshumanizada y lenta, a una justicia penal más ágil y con mejores controles, entre otros aspectos que podían resaltarse, sin que ello signifique que se lograra conseguir el esperado “proceso ideal”. Al contrario, hoy después de veinte años de vigencia de la citada legislación, creemos que el sistema establecido quedó a la zaga y necesitó, por ello, de una modificación integral, inspirada en el Código de Procedimientos Penales de 1973 modelo para Iberoamérica, y que culminó con la promulgación del Código Procesal Penal de 1996 -que entró en vigencia a partir

del primero de enero de 1998- cuyos principios e institutos perfilan al sistema hacia uno de contenido acusatorio. (p.4)

El código procesal penal vigente a partir del año 1998 (2023) señala en su artículo 62 las funciones del Ministerio Público al indicar:

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. (p.62)

Por otra parte, el rol jurisdiccional cambia de investigador a contralor de legalidad, en el sentido de que tiene el deber de vigilar que las actuaciones de los fiscales estén conforme a la normativa vigente y, resolver aquellas peticiones que requieran de una autorización del Juez, como bien un allanamiento de morada, una intervención telefónica, entre muchas más.

Según lo anterior, en el numeral 277 (2023) dice que:

Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo excepciones expresamente previstas en este Código no podrán realizar actos de investigación (p.179).

Expresamente el Juez no tiene la atribución de intervenir en una investigación penal en proceso, pero sí cumple una labor esencial en cuanto al control sobre aquellas actuaciones investigativas que realiza el fiscal con el auxilio de la policía, cuando así lo amerite. Queda atrás la figura del juez y parte predominante en un proceso penal inquisitivo, apostando a un proceso penal acusatorio, donde se establecieron con precisión y diferenciadas las funciones de cada parte procesal.

Ahora bien, lo anterior no significa que el fiscal no asuma la función de contralor y garante de legalidad, no solo de su propia gestión, sino que además de sus órganos auxiliares como la policía. La verificación de legalidad en cada acto policial que haya generado prueba esencial para la investigación y que el fiscal utilizará con posterioridad en las demás etapas del proceso, debe gozar de total y absoluta licitud; caso contrario debe rechazarla como elemento probatorio y tomar las decisiones procesales que correspondan.

En este sentido, los operadores del Ministerio Público están sometidos al deber de objetividad, lo cual implica no solo individualizar al autor o partícipes del delito, sino que obtendrá toda la prueba necesaria para formular sus requerimientos, aun cuando sus actuaciones eximan de responsabilidad al investigado; como precepto es necesario citar el numeral 63 (2023) que indica en lo que interesa:

En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo

deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aún en favor del imputado. (p.65)

El deber de objetividad que cobija a quienes conforman las diversas fiscalías del Ministerio Público del país, se extiende a un deber de control de legalidad hacia los órganos auxiliares, en especial, a los cuerpos de policía encargados de comunicar los resultados de cada investigación en la que interactúan, en la búsqueda de los presuntos autores y partícipes y la recolección de la prueba útil y pertinente.

Este deber de objetividad que lleva intrínseco el de legalidad, también se regula en el numeral 69 (2023) que destaca “Los funcionarios y agentes de la policía judicial respetarán las formalidades previstas para la investigación, y subordinarán sus actos a las instrucciones de carácter general o particular que emita el Ministerio Público” (p.62).

Si bien es cierto, la norma citada sólo hace alusión a la policía judicial, nuestro país cuenta con otros cuerpos policiales como la Fuerza Pública, la Policía de Control de Drogas y la Policía de Control Fiscal que forman parte del Poder Ejecutivo, así como policías municipales que forman parte de las alcaldías o de gobiernos locales; la primera de ellas y las policías municipales que asumen funciones de policía judicial en ausencia temporal de esta, mientras que las otras dos tienen por ley funciones de investigación penal; dicha subordinación de los cuerpos policiales al Ministerio Público constituye lo denominado como dirección funcional, regulada en numeral 68 (2023) que señala que “El Ministerio Público dirigirá la policía cuando esta deba prestar auxilio en las labores de investigación. Los funcionarios y los agentes de la policía judicial deberán cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público” (p.61).

El principio de dirección funcional que reiteró el código procesal penal vigente a partir de enero de 1998 tiene como fin esencial validar las actuaciones policiales realizadas con estricta aplicación de la ley, velando por los derechos de los investigados y el fiel cumplimiento de las garantías procesales. Esencialmente, todos los medios probatorios obtenidos por los cuerpos policiales deben ser obtenidos utilizando los medios idóneos y lícitos, caso contrario, el deber del fiscal es rechazarlo y no utilizarlo en su requerimiento acusatorio. Más adelante, se desarrollará el tema de la prueba en el proceso penal costarricense.

Como lo afirmó Jaime Robleto Gutiérrez en su obra sobre los principios procesales y la dirección funcional (2010) la dirección funcional es una atribución para el Ministerio Público que se regulaba también en el código de procedimientos penales de 1975, al indicar:

Es importante analizar que el nuevo Código Procesal Penal, no cambia, respecto al anterior código, la potestad que tiene el Ministerio Público como controlador de la Policía Judicial. En efecto, ya el artículo 163 del código de procedimientos penales preceptuaba que la policía judicial “cumplirán sus funciones bajo el control directo del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes de jueces y fiscales. (p.128)

Sin embargo, la dirección funcional no ha sido una atribución del fiscal que la policía en general haya conciliado en total armonía, puesto que las diferencias surgidas entre ambas instituciones y que el Fiscal en última instancia debe resolver, han causado en ocasiones conflictos en la investigación.

Al respecto, el Ministerio Público tuvo, desde el inicio de la vigencia del código procesal penal, protocolizar la dirección funcional en categorías A, B y C, mismas que a partir

del año 2019 la Fiscalía General la modificó sólo a las categorías A y C; en la tipo A el oficial de policía tiene la iniciativa y oficiosidad de la investigación; en la segunda, tipo C se trabaja por objetivos, estrategias y actividades acordadas por parte del fiscal, así regulado en la circular administrativa del Ministerio Público 26-ADM-2019 (2019).

El imputado

El imputado, es aquel que por su acción u omisión ha sido acreedor de la presunta comisión de un hecho delictivo o criminal, puesto en conocimiento ante el Ministerio Público, cómo órgano encargado de la persecución penal de los delitos de acción pública y de acción pública perseguibles a instancia privada, siendo que el objetivo en esta investigación

Resulta de interés señalar que la condición de imputado la adquiere aquella persona que ha sido señalada como autor o partícipe de un delito, aun cuando no sea llamado por la autoridad judicial competente a brindar su declaración indagatoria.

En esta línea, procesalmente el artículo 13 (2023) define que:

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá el derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe de él (p.13).

Nuestro sistema procesal penal es fiel protector del derecho de defensa, tomando en consideración que este constituye la principal garantía para un acusado de poder tener a su

alcance todos los elementos probatorios de referencia que lo señalan como presunto autor o partícipe de un hecho delictivo, sin que sea necesario que exista un llamado formal judicial o policial al respecto, prevaleciendo en todo momento el principio de presunción de inocencia.

A partir de tal vinculación procesal, la persona acusada tiene el derecho de imponerse de toda aquella afirmación que lo liga a un delito y, sin demora la autoridad policial o judicial que lo investiga tiene el deber de informarle los señalamientos en su contra, así como ser asistido por un profesional en derecho de su confianza, o bien, solicitar la designación de uno público.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre del año 1969 y que entró en vigencia en el año de 1978 (2010) en el numeral 8 regula las garantías judiciales para toda persona y en lo que interesa señala:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...) d) derecho al inculpado de defenderse personalmente o de 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. (p.15)

Consecuentemente en la Constitución Política de 1949, vigente en Costa Rica actualmente, (2020) como máxima legislación interna, contempló como una máxima legal el derecho de defensa para todo aquel involucrado en un hecho delictivo, al indicar en su numeral 39 que:

A nadie se le hará sufrir 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 ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (p.19)

También el código procesal penal (2023) en su capítulo de normas generales relacionadas con el imputado, en su numeral 82 dice:

La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos:

c) Ser asistido desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público. (p.75)

El derecho de defensa que cobija a quien se le atribuye la comisión de un delito, le permite a este y a su defensor elaborar una estrategia o teoría del caso que desarrollará principalmente en la fase de juicio oral y público, donde debatirá y confrontará la teoría del caso de la contraparte, llámase fiscal o querellante. Constituye un derecho para el acusado y una garantía procesal que integra el debido proceso pena, así como un derecho humano.

Lo anterior, se complementa con los diversos pronunciamos de la Sala Constitucional de Costa Rica (2021) y en su voto de jurisprudencia # 17926 del 18 de agosto que señala:

De otra parte, en lo que toca a los alcances del derecho al proceso debido y al derecho de defensa estrictamente considerado, esta Sala ha precisado -desde la sentencia número 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992- que el segundo comprende la facultad de contar con un defensor desde el primer momento del proceso penal. En este sentido, en la sentencia aludida se dejó claro que: “(...) las restricciones necesarias

que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; 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, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material - como la muerte del testigo; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. (p.4)

Esta garantía procesal y derecho para el acusado conlleva todo el conocimiento por parte de su abogado defensor y de él de aquellos elementos probatorios e informaciones que lo involucran en la comisión del hecho típico. De manera expresa el código procesal penal (2023) en su numeral 92 establece:

Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen

del contenido de la prueba existente. También se pondrán a su disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento. (p. 81)

Ahora bien, con respecto a los testigos que estuvieren bajo el régimen de protección procesal, surge aquí el cuestionamiento si debe también el acusado y su defensor imponerse de su información personal, cuando este debe ser llevado a juicio como testigo de cargo y brinde su declaración testimonial o bien, mantenerse bajo los lineamientos de protección establecidos previamente. Dar una respuesta legítima y amparada al derecho procesal, pero, además, procurando la integridad física del testigo y de su familia más cercana, principalmente en el ámbito de un caso calificado como crimen organizado, será analizado más adelante.

Fases del proceso penal costarricense

Costa Rica apostó al proceso penal marcadamente acusatorio a cambio de no continuar con el proceso penal inquisitivo, dicho cambio surge y cobra vigencia a partir de enero de 1998. La estructura del proceso penal adquiere una división por fases o etapas, cada una de ellas con funciones y exigencias particulares y expresamente señaladas en el código procesal penal, donde cada una tiene un efecto preclusivo cuando la anterior se concluye.

La primera de ellas corresponde a la fase preparatoria en la que se investiga el hecho puesto en conocimiento de la policía o del fiscal; luego la fase intermedia, donde un juez penal recibe lo actuado por el fiscal en la etapa anterior con alguna solicitud conclusiva provisional o de término del proceso, esto último, con la presentación de una solicitud de acusación y de apertura a juicio; pasado este filtro, la autoridad jurisdiccional o Juez Penal decide si se cumple con los requisitos formales y materiales de la misma y eleva el caso a la siguiente fase, es

decir, la de juicio donde cada parte procesal tendrá que hacer valer su teoría del caso con argumentos jurídicos y probatorios.

Luego, la siguiente fase la conforma la impugnación de la sentencia condenatoria o absolutoria por quienes participaron como parte procesal e incluyendo a la simple víctima y, finalmente la fase de ejecución de la sentencia. En cuanto a esta investigación, sólo comprende el análisis de las 3 primeras fases con relación al rol e importancia que cumple un testigo protegido en el contexto del crimen organizado.

Fase preparatoria

La fase preparatoria constituye el inicio de una investigación penal por parte del Ministerio Público, o bien, por los cuerpos policiales, sea este el Organismo de Investigación Judicial o alguna de las policías administrativas, como anteriormente se había detallado. Inicia con una noticia criminis por un hecho de acción pública o, de acción pública a instancia privada, estos últimos descritos en el numeral 18 del código procesal penal, entre ellos las agresiones sexuales que no sean calificadas, las lesiones leves y las culposas que no tengan un origen en un accidente o hecho de tránsito, mismas que requieren la intervención directa de la víctima.

La investigación comprenderá en recolectar y obtener todos los elementos probatorios que el representante del Ministerio Público requerirá para conformar su teoría del caso y, obtener la probabilidad suficiente para escalar al siguiente nivel el resultado y exponerlo ante el Juez de la fase intermedia quien será el encargado de verificar los requisitos formales y materiales de la solicitud fiscal, en especial para el objeto de esta investigación, la acusación y solicitud de apertura a juicio.

Con la entrada en vigor del código procesal penal en enero de 1998, la dinámica de la investigación por parte del Ministerio Público, con el auxilio, cuando así se requiera de los cuerpos policiales, estará regida por el principio de libertad probatoria, contenido en el numeral 182 de la ley procesal (2023) que dice “Libertad probatoria. Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición de la ley”. (p.135)

Una interpretación acertada sobre este principio, refiere que los elementos probatorios que se incorporen al proceso penal a fin de acreditar la teoría del caso, según cada parte procesal, tendrá como único limitante para que no sean válidos utilizar un medio ilegal o prohibido por la ley para obtenerlos; un ejemplo sencillo de ello consistiría si el policía ingresó al domicilio del presunto autor del hecho delictivo y recolectó una prueba relevante para la investigación, pero sin contar con la orden de allanamiento, registro y secuestro emitida por un Juez Penal, ocasionando una nulidad no solo del acto realizado sin orden, sino que además la invalidez de la prueba obtenida.

Otro ejemplo de utilizar un medio ilegal para la obtención de una prueba, lo constituye la recepción de una declaración del presunto acusado de un delito, sin que haya tenido la oportunidad de la asesoría de un abogado defensor público o privado, o bien, sin informársele de qué se le acusa y las pruebas que existen en su contra y aun así se le exija su declaración.

En contraste con el principio de libertad probatoria, se establece expresamente en el artículo 181 (2023) la legalidad de la prueba que dice:

Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento, conforme a las disposiciones de este Código.

No podrán utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, in información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. (p.133)

La regulación procesal se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna (2020) al establecer: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las actuaciones.” (p.16)

De esta manera, el órgano encargado de la investigación penal en su fase preparatoria sea el Ministerio Público o bien, la policía judicial o administrativa, deberá en todo momento actuar conforme a las regulaciones procesales, en procura de otorgarle a las partes procesales y a la misma víctima del delito todas las garantías y derechos disponibles.

La recepción de una denuncia formal o, el comunicado oficioso de la comisión de un aparente delito implica el deber de actuar e investigar el caso con el fin de esclarecer los hechos, individualizar a los presuntos responsables de la conducta delictiva y, recopilar la prueba útil y pertinente que los vincule con probabilidad y no certeza para luego concluir esta etapa con una solicitud conclusiva por parte de la fiscalía, en especial con una acusación y solicitud de apertura a juicio.

Para la demostración de un hecho como cierto, las partes pueden utilizar diversos tipos de prueba como: la prueba física, material, testimonial, pericial, prueba indiciaria, etc.; siendo el primordial interés para esta investigación el análisis de la prueba testimonial cuando deba someterse a la protección procesal dentro de un contexto de crimen organizado.

Criminalidad Organizada

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre del año 2000, mediante resolución A/RES/55/25, estableció en su artículo 2 (2000) lo que debe interpretarse como grupo delictivo organizado, delito grave y grupo estructurado, cuyo texto en lo que interesa señala:

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de 3 o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- b) Por delito grave se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. (p.1)

Nuestro país a través del Poder Ejecutivo ratifica la citada Convención el 1 de julio del año 2003 según decreto # 31270, mediante la ley número 8302; posteriormente, el 24 de julio del año 2009, Costa Rica a través de la Asamblea Legislativa como único Poder del Estado en emitir y aprobar las leyes, procede a la aprobación de la ley No. 8754 denominada Ley

Contra la Delincuencia Organizada, (2009) siendo que en sus numerales 1 y 16 se establece lo siguiente:

Artículo 1. Interpretación y aplicación. Entiéndase por delincuencia organizada un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...) Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más. (p.1)

Nótese que nuestra ley contra la delincuencia organizada incorpora un cambio sustancial en cuanto a la conformación o integrantes de un grupo organizado, ya que en la Convención se determina que sean 3 o más, mientras que en la ley 2 o más personas como miembros; manteniendo el concepto de delito grave como aquel que dentro de sus rangos de penas sea de 4 años o más.

Partiendo de los requisitos objetivos exigidos para la determinación de una delincuencia organizada, son muchos los delitos que contiene nuestro código penal, entre ellos el homicidio calificado en el artículo 112, la corrupción agravada en el artículo 168, el secuestro extorsivo artículo 215, la estafa mayor en el artículo 216 inciso 2), la trata de personas en el artículo 172, así como leyes especiales, entre ellas la ley número 7786 sobre estupefacientes, sustancia psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas que entró en vigencia en el año de 1998, en ella se contempla todo el ciclo de la manufacturación de la droga, iniciando con la extracción, producción, elaboración, transformación, distribución, etcétera; también la ley especial número 8422 contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública que entró en vigencia en el año

2004, en ella encontramos el delito de enriquecimiento ilícito en el artículo 45, la legislación o administración en provecho propio en el artículo 48 y la falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados en el numeral 50; entre otros.

Nuestro legislador visualizó en la aprobación de dichas leyes, no sólo la gravedad de los hechos que configuran estos tipos penales, tomando en consideración la relevancia de los bienes jurídicos y su objeto material afectados, sino que además en su realización o consumación participan grupos criminales organizados. A ello debe unirse que los avances metódicos de estos grupos criminales para lograr con eficacia y certeza sus objetivos están alineados a las nuevas tecnologías y a un mundo globalizado, es decir, no solo la economía lícita debe estar a un primer nivel en la transnacionalidad, sino que la economía generada por el crimen organizado debe igualarla para con ello lograr su extensión y poder.

La criminalidad organizada genera ganancias exorbitantes y por ello los órganos policiales y el Ministerio Público como órgano de persecución penal, deben ajustar sus métodos de trabajo a un nivel igual o superior en la obtención de la prueba y con ello, lograr impactar con fuerza y contundencia a estas estructuras criminales. Cuando la institucionalidad pública, en especial aquellas instituciones vinculadas con el abordaje e investigación del crimen organizado se encuentran débiles en recurso humano y en recursos materiales, constituye una fortaleza y oportunidad para la delincuencia organizada.

Para el jurista Francisco Vega (2022) en su análisis y visión sobre la delincuencia organizada transnacional señala:

La evolución de la criminalidad desde comienzos del siglo XXI se ha caracterizado por su transnacionalidad y el incremento del peligro para los bienes jurídicos

fundamentales, creando problemas de corrupción y de blanqueo de dinero. El campo de acción se ha extendido, dando lugar a la aparición, bien de nuevas formas específicas de delincuencia organizada, bien a la actualización de conductas pretéritas. Así, podemos destacar entre las más frecuentes, el terrorismo, los secuestros, el asalto a viviendas o camiones, asesinatos por encargo, delitos medioambientales, fraudes en la red, falsificaciones de productos, tráfico ilícito de inmigrantes, mujeres, niños, órganos, armas, drogas, vehículos, medicamentos, flora y fauna salvaje protegida, entre otros. (p.2)

La variedad de delitos en que incurren los delincuentes organizados obliga a los Estados a robustecer sus políticas públicas dirigidas a la prevención del delito, así como a perfeccionar el abordaje de las investigaciones, con el uso de mecanismos de recolección de pruebas ajustadas a la nueva realidad. Aquellas técnicas de investigación tradicionales como la denuncia personalizada recibida en las delegaciones policiales, el testigo colaborador que sin riesgo para su vida se le ofrecía al policía rendir su declaración; o bien, el uso frecuente de las intervenciones telefónicas, han dejado de ser tan eficaces para la confrontación y ataque contra la delincuencia organizada.

El rediseño en las técnicas de investigación criminal constituye una tarea urgente que deben implementar, a corto plazo, los órganos policiales mismos que son dirigidos funcionalmente por el Ministerio Público, con la finalidad de obtener resultados positivos y exitosos que permitan consolidar el caso con prueba útil y pertinente; en este contexto es cuando el testigo protegido en una investigación de crimen organizado adquiere una vital relevancia. Esta modalidad de testigo, le brinda confianza y seguridad para sí y para su círculo familiar más cercano, ante el riesgo de atentar contra su integridad física y vida.

La prueba en el proceso penal costarricense

Como se ha hecho referencia en líneas atrás, el código procesal penal actual, entró en vigor en Costa Rica a partir de enero del año 1998, como una opción de dejar atrás el proceso inquisitivo y asumir un rol marcadamente acusatorio. La división de funciones entre el fiscal y el juez quedaron expresamente establecidas, en especial cuando se definió que el Ministerio Público asumía la persecución penal de todos los delitos de acción pública y de acción pública perseguibles a instancia privada, mientras que la judicatura representada por los jueces penales asumiría una función estrictamente de control y de garantía en todas las actuaciones fiscales.

En nuestra Constitución Política de 1949 (2020) en su artículo 37 se exige la aplicación del derecho penal de acto y no de autor, en cuanto señala “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito” (p. 19).

Efectivamente, la prueba constituye una parte esencial de la teoría del caso, es decir, si el Ministerio Público concluye, luego de una investigación preparatoria, acusar los hechos que fueron puestos en su conocimiento y que se acreditaron con la prueba útil y pertinente para tener el grado de probabilidad suficiente que le permita demostrar la culpabilidad de los investigados, deberá elevar sus resultados a la segunda fase del procedimiento penal denominada etapa intermedia, a fin de que la autoridad jurisdiccional evalúa los resultados obtenidos y la solicitud conclusiva de acusación planteada; al menos es la que interesa para esta investigación.

Desde esta perspectiva, el proceso penal actual está regido por el principio de libertad probatoria, regulado en el numeral 182 de nuestra ley procesal (2023) que dice “Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley” (p.123).

El principio de libertad probatorio, como fue mencionado anteriormente, exige únicamente que el medio utilizado para la obtención de cualquier elemento probatorio, no se encuentre prohibido expresamente en la ley, a contrario sensu, un hecho puede ser demostrado por cualquier elemento probatorio, siempre y cuando, su obtención haya sido lícito. Un ejemplo de prueba ilícita constituye la declaración de un acusado de delito que es interrogado por la policía sin que se le advierta sus derechos y garantías procesales, como ser asesorado previamente por un profesional en derecho, conocer las circunstancias de la acusación, así como la prueba que exista en su contra.

Para el jurista Mario Houed Vega (2018) al referirse al principio de libertad probatoria señala “esto es que cualquier medio probatorio lícito es válido para acreditar hechos o circunstancias dentro del proceso penal” (p.8). Queda prohibida aquella exigencia de la prueba tasada que predominaba en el proceso penal inquisitivo, es decir, que para demostrar un hecho en particular se requería un tipo de prueba determinado.

La jurisprudencia penal de la Sala Tercera de Costa Rica, en su voto número 3-2019 de las 10:22 horas del día 11 de enero (2019) en este sentido ha reiterado:

Tal y como lo explica el Tribunal de Apelación, la pretensión de los impugnantes es que cada hecho de la pieza acusatoria tenga sustento en una llamada telefónica, lo cual no es de recibo. Básicamente, los recurrentes a lo largo de su reclamo insisten en la

ausencia de prueba; sin embargo, en su argumentación convenientemente deja de lado que nuestro sistema penal no avala la prueba tasada, y por ello, con el fin de darle una solución correcta al caso, por el principio de libertad probatoria, los hechos de relevancia penal pueden acreditarse mediante cualquier medio legítimo de prueba.

(p.1)

El rol de investigador y persecutor de la acción penal concedido en el código procesal penal vigente, como bien se señaló anteriormente, le permite al Ministerio Público con el auxilio de la policía reunir todos aquellos elementos probatorios útiles y pertinentes para establecer e individualizar a los presuntos responsables de una actividad criminal y, demostrar su culpabilidad. Las amplias posibilidades de obtener la prueba necesaria para fundamentar la teoría del caso por parte del Fiscal están limitadas únicamente por el medio de recolección, es decir, que sea un medio que no esté restringido legalmente.

El elenco probatorio disponible para una investigación penal está conformado por la prueba testimonial, material, documental, pericial e indiciaria; pero nuestro análisis versará sobre la testimonial sometida a protección procesal y, dentro de un contexto de crimen organizado. Resulta notorio que por el desarrollo tecnológico que ha alcanzado el crimen organizado, cada vez la obtención de pruebas resulta más difícil, debiendo el órgano acusador o policial seleccionar testigos que muestren interés en colaborar, brindando información esencial en cuanto al funcionamiento de un grupo criminal organizado, pero bajo la promesa de obtener protección personal por las posibles represalias que pudieren recibir por quienes serán sometidos al proceso penal debido a los informes brindados.

La figura del testigo protegido en criminalidad organizada. Marco legal.

En el marco de la delincuencia organizada, esta no solo se focaliza en cada Estado, sino que por su globalización e interés de que los actos delictivos trasciendan fronteras, así como sus ganancias económicas, como lo afirma Francisco Vega (2022) al afirmar:

Existen diferencias notables entre los diversos tipos de crimen organizado en atención a factores propios de la actividad desplegada: la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, formación de sus miembros, su composición étnica; de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas o poco violentas. (p.2)

Esta transformación de desarrollo que ha alcanzado el crimen organizado, en la época actual, le exige al Estado buscar alternativas de protección para quienes decidan constituirse como testigos relevantes de una operación criminal organizada; por ello, se logra aprobar la ley número 8720 del 22 de abril del año 2009 publicada en la gaceta 77 (2023) para la protección de víctimas y testigos cuyo texto en lo que interesa establece:

Artículo 1. Objeto. El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros intervinientes en el proceso penal (...) Artículo 2. Principios. Para la aplicación de este título, se tendrán en cuenta los principios siguientes: 1) 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 (...) Artículo 3.

Definiciones. Para los efectos del presente título, se definen los términos siguientes:

a) Personas bajo protección: víctimas, testigos, jueces, fiscales, defensores u otras personas, que se encuentren en una situación de riesgo como consecuencia de su intervención, directa o indirecta, en la investigación de un delito o en el proceso, o bien, por su relación con la persona que interviene en estos. (pp.1,2)

Esta ley de protección a víctimas y testigos le ofrece protección a aquella persona que ha decidido colaborar con la policía o el Ministerio Público, brindando información útil y pertinente para una investigación penal, en especial, en el ámbito de la criminalidad organizada; ya que se convierte un objetivo de eliminación por parte de quienes conforman la estructura criminal. La persona que califica como testigo esencial, expone no solo su integridad física sino para aquellos que forman parte de su círculo familiar más cercano.

Para el jurista Carlos Picado (2015) y citando al jurista Jairo Parra Quijano, la prueba testimonial tiene gran relevancia para el proceso y, en especial el penal, principalmente por su aporte a la teoría del caso que pretenda demostrar el ente acusador; señalando:

La prueba testimonial es el medio probatorio conformado por la declaración de una persona que no es parte en el proceso ante un juez con fines procesales. Tal y como Parra Quijano señala, la prueba testimonial es un medio probatorio que consiste en el relato de un tercero frente a un juez respecto de ciertos hechos relevantes para un caso. En este sentido, este tipo de prueba lo efectúan personas naturales ante un órgano jurisdiccional, momento en que hablarán sobre sus percepciones y deducciones de los hechos que forman parte del litigio. (p.132)

En cuanto a la protección del testigo, le corresponde a la Oficina de Atención a la Víctima del delito, adscrita al Ministerio Público, asumir dicha función y administrar el respectivo programa de protección, creándose la respectiva unidad de protección, así establecido en el numeral 6 de la citada ley (2023) “Se crea la Unidad de Protección como parte de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, estará conformada por equipos técnicos evaluadores” (p. 4).

Dicha unidad deberá analizar cada solicitud de riesgo y sus equipos técnicos evaluadores emitirán el dictamen de otorgamiento, así como brindar las recomendaciones de las medidas de protección que se consideren oportunas para repeler cualquier tipo de riesgo a la integridad física del protegido.

Estos equipos de profesionales evaluadores están conformados por un Criminólogo, un profesional en derecho, un profesional en Psicología y un profesional en Trabajo Social o en Sociología, así como un equipo de protección conformado por agentes de seguridad pertenecientes al Organismo de Investigación Judicial que constituye la policía judicial costarricense, así quedó establecido en el numeral 6 del mismo cuerpo normativo.

De igual manera, se incluyó en la citada ley (2023) los derechos de las personas bajo protección, entre ellos se destacan los más relevantes para la investigación:

Artículo 9. Derechos de las personas bajo protección. Además de los derechos establecidos en la legislación procesal e internacional, toda persona bajo protección tendrá los derechos siguientes:

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, psicológico o médico. (pp. 8, 9)

Esta regulación normativa como parte de la protección que se le brinda al testigo, exige una total confidencialidad de sus calidades personales así como la de sus familiares que deben mantenerse en tal condición; con la finalidad de no exponerlos ante una eventual agresión o represalia de quienes son señalados como miembros de la organización criminal; ello constituye un deber para la Oficina de Atención a la Víctima y de sus equipos evaluadores, así como de los agentes de seguridad que resulta muy válida por haber brindado información esencial sobre la estructura, el funcionamiento o actividades de la organización criminal; caso contrario su vida y de su círculo familiar más cercano estarían en peligro de muerte.

Además, como deberes para las personas sometidas al programa de protección, se establecen en el numeral 10 de la ley de protección a víctimas y testigos (2023) los siguientes:

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 esté sujeta al Programa. (p.9)

Para quien asuma la condición de testigo protegido sufrirá o experimentará un cambio brusco y obligatorio en su vida cotidiana; primero, tendrá que revelar información sensible de la organización criminal que conoce y que la policía luego debió verificar su credibilidad y la utilidad y pertinencia para el caso; ya sea por ser parte de ella o, porque tuvo alguna relación con miembros de esta, o bien, por cualquier otra circunstancia de vínculo directo o indirecto con la estructura criminal; segundo, su vida y la de su familia más cercana estará en riesgo, debiendo asumir un plan de protección y, tercero, mantenerse en tales condiciones hasta que el proceso penal concluya con una sentencia condenatoria firme y, que los mismos equipos evaluadores de la Oficina de Atención a la Víctima determinen la extinción del riesgo o peligro.

Este cambio repentino para el testigo bajo un programa de protección requiere de un sacrificio no solo para él, sino que, para su familia más cercana, teniendo que alejarse de sus familiares más lejanos, amigos y demás personas que estima, a cambio de mantener segura su integridad física y de aquellos que también están sometidos a ella. La condición de riesgo que asume la persona protegida estará condicionada a la eficaz protección que le asegure la Oficina de Protección de víctimas y testigos, así como de las mismas decisiones del testigo protegido y su familia.

La ley de rito (2023) establece 2 tipos de medidas de protección para aquella persona que ha sido valorada por su condición de testigo y que el equipo evaluador determinará las medidas más convenientes para asegurarle su integridad física y la de su familia; sin embargo, para los efectos de esta investigación se hace referencia a las medidas de protección procesal que se encuentran reguladas en el numeral 11 de la ley de protección de testigos (2023) que dice:

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. (p.10).

Esta ley de carácter especial para la protección de víctimas o testigos, cuya integridad física y la de su familia se encuentre en riesgo, debido a la información útil y pertinente que le brinde a la policía o al Ministerio Público para fundamentar su teoría del caso; aun cuando esta normativa no hace distinción entre delincuencia común u organizada, sino se enfoca directamente en el riesgo para el testigo o su familia; el análisis versa en el ámbito de la delincuencia organizada. La protección de las calidades personales que puedan poner en peligro a la persona protegida, o sus características individualizantes, deberán mantenerse en reserva para todas las partes, incluyendo al imputado, sin perjuicio del derecho de defensa.

Además, la ley establece que para asegurar el testimonio de la persona protegida y otorgarle una protección eficaz, se podrá utilizar mecanismos de transmisión tecnológico

como la videoconferencia o, alguno semejante que mantenga protegida la identidad del deponente o testigo protegido, extendiéndose esta reserva a la etapa de juicio o cuando se proceda por un anticipo jurisdiccional de prueba, instrumento procesal que se analizará más adelante.

Ante las dificultades actuales para lograr la obtención de elementos probatorios oportunos y eficaces para que la fiscalía diseñe su teoría del caso, un testigo que le suministre información esencial sobre la dinámica que ejerce la organización criminal, será un elemento probatorio que merece una protección segura, evitando en todo momento que sea expuesto a algún tipo de amenaza o represalia por quienes integran la organización criminal. Será una reserva que se mantendrá no solo en la fase de investigación o intermedia, sino que se eleva a la etapa más importante del proceso, la fase de juicio donde el ente acusador deberá demostrar la culpabilidad de los acusados, siempre y cuando el riesgo a la integridad física prevalezca.

En el mismo cuerpo legal (2023) en su artículo 12 se ordena:

b) Duración y revisión de las medidas: las medidas de protección aplicadas se mantendrán durante el tiempo que persista la situación que las motiva y serán revisadas al menos cada seis (6) meses. No obstante, en cualquier momento y cuando lo considere pertinente, la Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, ordenará a los equipos técnicos, la revisión de las medidas de protección.

(p.12)

La ley de cita también reformó el artículo 71 del código procesal penal, al incluir la protección procesal también para la víctima en las mismas condiciones que el testigo, es decir, con la reserva de sus calidades personales no solo para el acusado, sino que, para las demás

partes del proceso, específicamente cuando su vida está en peligro, en concordancia con el artículo 204 del código procesal penal (2023).

En este sentido, el artículo 204 de referencia que cobija tanto a la víctima del delito como al testigo, legitima al Ministerio Público, la defensa o al querellante a gestionar ante el juez penal la protección de datos, y dice:

El juez autorizará dicha reserva en resolución debidamente motivada. Una vez acordada, esta información constará en un legajo especial y privado, que manejará el juez de la etapa preparatoria e intermedia, según la fase en la que se reserve sea procedente y se haya acordado, y en el que constarán los datos correctos para su identificación y localización. Para identificar al testigo protegido dentro del proceso, podrá hacerse uso de seudónimos o nombres ficticios. En dicho legajo, se dejará constancia de cualquier dato relevante que pueda afectar el alcance de su testimonio, tales como limitaciones físicas o problemas de salud, y deberá ponerlos en conocimiento de las partes, siempre y cuando ello no ponga en peligro al declarante.

Esta disposición legal exige al juez penal ordenar y autorizar la reserva solicitada tanto en la fase preparatoria como la intermedia, manteniéndose en un legajo privado e independiente al legajo de la investigación, donde constará la información verídica de la persona protegida (víctima o testigo) y pudiéndose asignar un seudónimo o nombre falso con la intención de mantener el aseguramiento de su protección en el proceso y velar por su vida.

También el artículo 204 (2023) continúa regulando la protección a la víctima o al testigo cuando su vida está en riesgo y no basta la sola reserva de sus calidades, al autorizar y ordenar mediante resolución jurisdiccional fundada el anticipo jurisdiccional de prueba

definido en el numeral 293 del mismo cuerpo normativo; y además se indica que la participación del testigo protegido en los actos procesales se hará bajo la estricta reserva de su identidad y sus características físicas.

Sin embargo, al finalizar el artículo 204 del código procesal penal (2023) in fine dice “La reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e Intermedia” (p.148). En este aspecto, debe resaltarse el conflicto de normas que provoca la ley especial # 8729 de protección a víctimas y testigos en su artículo 11 que incorpora la protección procesal que de manera expresa establece que la protección cubre hasta la fase de juicio, con el código procesal penal en su artículo 204 in fine al limitar dicha protección solo a las fases de investigación o preliminar y la intermedia; lo cual implica un riesgo grave para la salud o integridad física de la persona protegida y a su familia más cercana expuesta a ese peligro que, según la medición o seguimiento que debe hacerse por la oficina de protección debe de mantenerse la protección procesal.

Esta restricción establecida en la numeral 204 in fine del código procesal penal, limitando la protección procesal del testigo o víctima a únicamente en las fases preparatoria e intermedia, constituye una clara y grosera violación al principio de la dignidad humana como la máxima expresión de los derechos humanos.

Para el jurista Javier Llobet (2007) citando al autor Delgado Pinto, refiere que:

El principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio. En ese sentido, es relevante la

consideración del ser humano conforme el imperativo Kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento. (p.p. 45 y 46)

También, en el numeral 204 bis del código procesal penal (2023), incorporado por la ley de protección a víctimas y testigos señala que como parte de las medidas de protección otorgadas a deponente y, cuyas medidas sean la protección de sus calidades y características físicas individualizantes, el juez tiene el siguiente deber:

En los casos en que se acuerde la reserva de identidad, el juez deberá consignar un breve resumen del conocimiento de los hechos que tenga el testigo, para posibilitar el derecho de defensa de las partes. Todo el trámite se realizará en un legajo separado y cuya custodia corresponderá al juez o tribunal que conozca de la causa. Si se concede, además, la reserva de las características físicas individualizantes, en la misma resolución se ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de este testimonio y se convocará a las partes para su realización en los términos que señala el artículo 293 de este Código. Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al tipo de riesgo, a excepción de la etapa de juicio. (p.150)

Este precepto procesal penal establece con precisión que, para facilitar y cumplir con el derecho de defensa, el Juez que autoriza la reserva consignará en el legajo un breve resumen de los datos e información que el deponente brindará, además si dicha protección implica la reserva de sus características físicas individualizantes, se convocará a una audiencia oral para la recepción del anticipo jurisdiccional de prueba.

Lo grave y contradictorio para el testigo procesalmente protegido es que tales medidas de protección procesal se limitan solo a las fases de investigación e intermedia y no para la de

juicio, sin que se incluya una excepción donde se contemple para esta, tomando en consideración la vigencia del riesgo.

Aceptar el testimonio de una persona brindando información sensible sobre la estructura criminal organizada y su funcionamiento, a cambio de otorgarle un programa de protección sólo para las fases de investigación e intermedia, pone en riesgo grave al deponente y a aquellos miembros de su familia cercanos al peligro inminente, cuyas consecuencias principales son: el desistir como testigo clave y de interés para el órgano acusador o para el proponente y con ello, desestabilizar el elenco probatorio obtenido, o bien, la agresión física hacia este o a su familia.

Esta inconsistencia generada en la misma ley debe resolverse correctamente, manteniendo la protección procesal de una víctima o de un testigo hasta la fase de juicio con sentencia firme y, cuando los equipos evaluadores de la Oficina de Atención a la Víctima determinen la desaparición del riesgo. La fase de investigación como se trató en líneas anteriores constituye la base de la teoría del caso para el órgano acusador, los elementos probatorios que se obtengan y, especialmente, la prueba testimonial deberá reproducirse en el juicio o debate, a fin de que cumpla con los principios básicos de este, como el de la comunidad de la prueba, el derecho de defensa, el derecho a interrogar a los testigos, etc.; pero bajo ninguna circunstancia debe ponerse en riesgo su dignidad humana y en especial la vida o integridad física del testigo protegido y a sus familiares más cercanos.

En el mismo orden, señala Llobet (2007) que:

La referencia al principio de dignidad de la persona se encuentra en el preámbulo tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como de la Declaración Americana

de Derechos del Hombre. En la Declaración Universal se señala que: la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por su parte, la Declaración Americana dice en el preámbulo: Todos los hombres nacen libres e iguales en el dignidad y derechos y, dotados, como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El reconocimiento de que los diversos derechos humanos provienen del principio de dignidad de la persona aparece en el preámbulo del PIDCP de 1966, que dice: estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. (p.46)

En concordancia con lo anterior, la carta constitucional vigente desde el año 1949 (2020) en su numeral 20 establece “La vida es inviolable” (p.15), lo cual ratifica la protección a la vida que el Estado está obligado a asegurar ante alguna injerencia ilegítima. De igual manera, nuestro código penal (2022) incorpora una serie de delitos cuyo bien jurídico es la vida e integridad física, como el homicidio simple, calificado, las lesiones gravísimas, graves y leves, etc.; esto implica la relevancia de proteger al individuo ante aquellas acciones que atenten contra su integridad física o su vida.

Si una víctima o testigo llamado al proceso por contar con información útil y pertinente para el esclarecimiento de los hechos afirma o le solicita al Fiscal una medida procesal de protección, en especial, mantener bajo confidencialidad sus calidades personales y características individualizantes, el Ministerio Público, querellante o defensa puede solicitarle a la autoridad jurisdiccional el anticipo jurisdiccional de prueba, que constituye un aseguramiento de su testimonio para la etapa de juicio. Así regulado en el numeral 293 (2023) que dice:

Cuando se trate de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso y se presuma, razonablemente, que su declaración en juicio no será posible, pues el riesgo no se reducirá o podría aumentar, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitarán al juez que ordene la recepción anticipada de su testimonio. En todos los casos en que se haya acordado la reserva de las características físicas del declarante, por la existencia de un riesgo para su vida o la integridad física, se procederá a recibir su testimonio de forma anticipada. (p.204)

Además, en el mismo numeral 293, se prevé la posibilidad de que cuando el testigo o víctima ya se encuentra bajo el protocolo de protección procesal y se requiere el anticipo, mantener la misma condición del testigo, así se ordena al indicar:

Cuando la identidad del testigo o la víctima se encuentre protegida, se recibirá el anticipo, manteniendo reserva de sus datos de identificación y con el auxilio de los medios tecnológicos disponibles o de cámaras especiales que permitan mantener ocultas o disimuladas sus características físicas, según el alcance de la protección acordada por el juez. (p.205)

Esta regulación procesal fue incluida a través de la ley de protección a víctimas y testigos en el año 2009; a fin de contar con el testimonio de quien ofrece información valiosa para el caso en investigación y, que al menos se le asegure su protección de cualquier agresión en contra suyo o de algún miembro cercano de su familia. Resulta aceptable y lógico que esta protección procesal sea un aliciente para el testigo o víctima que, con su aporte a la investigación le permitirá al ente acusador, esencialmente, demostrar probatoriamente su

teoría del caso. Es importante señalar que, durante la recepción de tal testimonio, todas las partes ejercerán su derecho de preguntar y repreguntar al deponente, en cumplimiento del fiel y pleno ejercicio del derecho de defensa y de la comunidad de la prueba.

En una investigación realizada por cijul (2014) el anticipo jurisdiccional de prueba “Es un acto procesal asimilable al debate en el tanto se evacúa un dato probatorio que podría tornarse decisivo y que necesariamente, a través de la oralidad e inmediación, podría ser controlado por los propios interesados.” (p.3)

En síntesis, el anticipo jurisdiccional de prueba, ordenado en la fase de investigación por un juez, cuyo fundamento jurídico de aprobación debe quedar total y absolutamente expuesto en su resolución, constituye un instrumento procesal, no solo para el Ministerio Público, sino para la defensa y el querellante, factible de utilizar en aquellos casos donde el deponente ha expuesto un riesgo para su vida y de quienes conforman su círculo familiar más cercano, entre otras causales.

Este instrumento procesal, cumple con todas las formalidades de una audiencia oral con una activa participación de las partes que, por el riesgo a la integridad física del deponente, se adelanta al juicio oral y público a fin de asegurar íntegramente la declaración y la vida de la víctima o del testigo. A pesar de que el testigo o víctima, se encuentra bajo una protección procesal de ocultamiento de sus calidades personales y características físicas individualizantes, se les otorga a todas partes intervinientes su participación sin negación; a fin de que se cumpla, no solo con el principio de derecho de defensa, sino con el de inmediación, contradicción y comunidad de la prueba que predominan en la etapa de juicio.

Esta regulación normativa procesal penal le permite al testigo someterse a una condición procesal de protección y con ello brindarle seguridad, no solo en lo personal, sino que, a su círculo familiar más cercano, debiendo reservarse sus características y datos individualizantes que puedan comprometerlo.

En tales circunstancias de protección, mismas que fueron justificadas con argumentos jurídicos por el solicitante y avaladas por la autoridad jurisdiccional, constituye una excepción a la oralidad para el debate, es decir, su incorporación es válida y legítima, conforme lo regula el numeral 334 inciso a) del código procesal penal costarricense.

En consecuencia, la protección procesal del testigo aplica también para la fase de juicio, siempre y cuando, se utilice el instrumento del anticipo jurisdiccional de prueba, lo cual descalifica el pronunciamiento constitucional, que más adelante se desarrolla, estableciendo la vulneración al derecho de defensa si el testigo protegido presentado en el debate no se identifica plenamente para que la defensa y el imputado puedan tener acceso a él.

Desde esta perspectiva, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica en su voto número 798 (2018) transcribe un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal que señala:

Asimismo, como una de las excepciones a la oralidad, se contempla la posibilidad de incorporar al debate “el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate.” (Artículo 334, Código

Procesal Penal). En este sentido, a la defensa se le otorgan las garantías suficientes para que, a través del anticipo jurisdiccional de prueba, pueda interrogar a la persona protegida desde el momento en que se ordene en sede jurisdiccional, la medida de protección durante la etapa preparatoria o intermedia y ampliándose esas garantías para el contradictorio, cuando la persona protegida comparece al debate y se le revela a la defensa técnica su identidad, descartándose así, cualquier situación contraria a los intereses del imputado.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación de cita, en dicho voto de jurisprudencia también hace referencia al voto constitucional usado por la Sala de Casación Penal que limita la incorporación al debate de anticipos jurisdiccionales por considerar la vulneración al derecho de defensa y al debido proceso; en este sentido dijo en lo que interesa:

Al respecto, la Sala Constitucional ha sido contundente en señalar que en la etapa de debate procede exclusivamente la protección extra-procesal de los testigos que en las fases anteriores tuvieron protegida su identidad. En este sentido, mediante resolución número 2010-17907, de las quince horas siete minutos del veintisiete de octubre de dos mil diez, la Sala Constitucional resolvió una consulta judicial facultativa, formulada por el Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José, la cual evacuó de la siguiente forma: “Conclusiones. De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión de que el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, en cuanto establece la protección procesal de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal, no resulta inconstitucional. En cuanto al artículo 304 del mismo Código, se estima que el mismo no lesiona el Derecho de la Constitución, siempre y cuando se interprete que a partir de la fase del debate únicamente procede la protección

extra-procesal 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.” Asimismo, la Cámara Constitucional ha expresado la negativa de incorporar al debate declaraciones que hayan sido tomadas con reserva de las características físicas individualizantes, al puntualizar 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, No. 2011-01424, de las 11:01 horas del 04 de febrero de 2011). (p. 10)

Resulta paradójico que por un lado se garantice la legitimidad de los anticipos con medidas de protección procesal y específicamente ordenándose la reserva de la identidad del testigo para la etapa preparatoria e intermedia y no para el juicio, cuando resulta el debate o la fase de juicio la más relevante, por cuanto, se decidirá sobre la culpabilidad o no del acusado, con el análisis integral de toda la prueba que sea reproducida en el debate.

En el artículo 304 aludido y que se desarrolla más adelante, muy claramente establece que la protección procesal puede ser gestionada por primera vez ante la audiencia preliminar, o bien, que se continúe en esa misma condición el testigo, a fin de mantener su reserva para la siguiente fase. La interpretación que hace la Sala Tercera de Casación Penal y que transcribe el Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, se aparta

total y absolutamente de lo estipulado y, su argumento jurídico es asegurar el derecho de defensa para el imputado, sin embargo, como se ha desarrollado técnica y jurídicamente, constituye una afectación grosera al principio de la dignidad humana hacia el testigo protegido, exponiendo su vida y la de los familiares más cercanos.

Reglas procesales para el testigo protegido en las fases intermedia y de juicio

Cuando el órgano acusador ha finalizado su investigación, debe trasladar el resultado de esta a la siguiente fase del proceso penal, denominada fase intermedia. Según investigación de Cijul (2023) esta fase o procedimiento intermedio debe considerarse como:

Concebido con el objeto de establecer un control eficaz (la etapa intermedia cumple esencialmente una función de control) sobre los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, una vez concluida la investigación preliminar; a los efectos de poder determinar si existe mérito suficiente para ordenar la apertura del juicio oral y público en los casos en que así lo haya solicitado el fiscal al formular la acusación. De tal manera, el fundamento jurídico del control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público consiste en la exigencia de evitar juicios inútiles por defecto (formales y/o sustanciales) de la acusación.

En concordancia con lo anterior, la normativa procesal penal vigente (2023) en su artículo 304 en lo que interesa señala:

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 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 sentencia firme. (p.213)

Resulta lógico y acertado que, si la parte procesal en su momento solicitó la protección procesal de un testigo esencial para fundamentar su teoría del caso, dicha medida se mantenga para las siguientes fases del procedimiento, ello tomando en consideración el riesgo de peligro denunciado por el testigo o la víctima y que además la fase del juicio es la más importante de todo el proceso, por cuanto se definirá sobre la culpabilidad de los acusados.

Pretender que la protección procesal solo debe mantenerse hasta la fase intermedia es una concepción equivocada y que produce un mayor riesgo para el protegido y su círculo familiar más cercano. Una organización criminal, enterada de que el Ministerio Público cuenta con prueba testimonial sometida al protocolo de protección procesal, exigirá que la identidad de los testigos sea revelada en la audiencia oral y pública, petición que como veremos más adelante, los tribunales han accedido.

A partir del artículo 324 del código procesal penal vigente desde el año 1998, se establecen las reglas esenciales para la organización y desarrollo del debate, prevaleciendo la oralidad como el principio básico de exposición utilizado por todas las partes procesales y que el Tribunal debe asumir un rol de mediador y de árbitro.

Aunado al principio de oralidad también se adhieren los principios de inmediación de la prueba, la publicidad y el de contradicción que, todos en conjunto aglutinan el proceso penal acusatorio. Parafraseando a los autores costarricenses Hernández, J.; Rodríguez, C. y Tenorio, A. (2008) en su tesis de graduación para optar por el grado máster en criminología, el código procesal penal vigente constituye un modelo procesal penal basado en el sistema acusatorio, adversarial y oral. Además, citando a la jurista Sandra Zúñiga Morales, refieren que el código procesal penal actual tenía como objetivo esencial la eliminación de un proceso penal anterior cuya característica esencial era rasgo inquisitivo.

Continuando con la normativa procesal penal de interés, el artículo 326 (2023) señala que “El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua.” En este sentido, el ente acusador, presentará ante el tribunal de juicio su acusación basada y complementada con la prueba recopilada durante la fase de investigación, incluyendo la testimonial, sean protegidos o no.

Una vez iniciado el debate con las formalidades exigidas para ello, cada parte procesal tendrá la oportunidad de presentar e interrogar a sus testigos y, al contrainterrogatorio del testigo ofrecido por la otra parte interviniente. En el artículo 351 del código procesal penal (2023) se establece el procedimiento a seguir cuando el testigo ofrecido se encuentra bajo el programa de protección procesal y, en lo que interesa dice:

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 reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes. (p.243)

Lo transcrito fue ordenado por la ley # 8720 (2023), la cual se refiere a la ley de protección de víctimas y testigos. Curiosamente y de manera contradictoria, el artículo 204 del mismo código procesal y que se analizó en líneas atrás, fue reformado por la misma ley especial; ello implica que la técnica legislativa utilizada en ese momento erró al incluir 2 reformas al código procesal penal que evidentemente son contradictorias y de consecuencias gravísimas.

Otra de las reformas legales que ordenó la ley de protección a víctimas y testigos fue el artículo 334 del código procesal penal (2023), que contiene una regulación taxativa en cuanto a aquellos elementos probatorios que excepcionalmente pueden ser incorporados al debate sin ser sometidos al principio de oralidad, en este sentido establece:

Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura:

- a) Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones de garantizar la recepción del testimonio en el debate. (p.233)

Queda claro que la legislación procesal penal actual, presenta evidentes contradicciones en el tratamiento del testigo procesalmente protegido, en especial, cuando su vida o la de su familia más cercana, se encuentra en riesgo a su integridad física; en un primer

estadio de la investigación se asegura la protección; luego en la fase intermedia puede mantenerse dicha protección procesal si aún persiste el riesgo, pero en la fase más importante del proceso penal que corresponde a la etapa de juicio, quedaría expuesto la víctima o el testigo, al tener que revelarse sus calidades personales y demás características físicas para no infringir el derecho de defensa y los demás principios que regulan el debate, lo cual como se ha indicado no es de recibo dicha afirmación.

Posición jurisprudencial de la Sala Constitucional y normativa de algunos

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

En fecha 27 de octubre del año 2010 la Sala Constitucional de Costa Rica atendiendo una consulta facultativa de parte del Juzgado Penal Juvenil del Primer Circuito Judicial de San José, en la que se le planteaba sobre la constitucionalidad de los artículos 204 bis y 304 del código procesal penal por considerar que podrían infringir lo dispuesto en los artículos 21 y 39 de la Constitución Política que consagran el derecho a la vida y el derecho de defensa del imputado, emite el voto número 17907 que en lo que interesa señala:

Como argumento previo, el consultante señaló en su consulta (2010) lo siguiente:

Afirma que previo a iniciar el debate, la representación fiscal solicitó que en virtud de lo dispuesto en los artículos 204 bis, 304 y 2 del Código Procesal Penal, se mantuviera la protección procesal de los testigos, que no fue ordenada por el juez penal juvenil sino por el juez penal de adultos, dado que existen varios imputados. La defensa indicó que mantener la protección procesal hasta sentencia firme implica un retroceso en el tema de los derechos humanos y propiamente en cuanto al derecho de defensa, por cuanto implica una asimetría de poder, dado que el imputado no conocería la totalidad

de la prueba en su contra, no sabría quiénes lo acusan y no se sometería realmente la prueba a un contradictorio bajo las reglas de la inmediación, ya que no se le permitiría al imputado participar de un interrogatorio, conocer las condiciones particulares del testigo, ni apreciar el lenguaje no verbal, pues los datos de identificación no solo se le niegan al imputado, sino también al defensor, con lo cual se vulnera además el derecho a la defensa técnica. De ahí, 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 establece que la protección acordada puede continuar hasta sentencia firme. (p.2)

Esta consulta surge al año siguiente de la reforma a la ley procesal, incorporada por la ley de protección a víctimas y testigos del año 2009, visualizándose en aquel momento la notoria contradicción en cuanto a la protección procesal para un testigo o víctima que, confiando en que su identidad estaría protegida en las subsiguientes etapas del proceso, aceptó tal condición a cambio de que se le asegurara su integridad física ante eventuales agresiones por quienes se verían afectados con su testimonio o declaración.

La Sala Constitucional escuchó a todas las partes interesadas como el Ministerio Público que mantuvo su posición de que las normas en consulta no afectan la constitucionalidad ni el derecho de defensa. Sin embargo, sus representantes señalaron que no existía contradicción en las normas procesales penales reguladoras del testigo protegido,

lo cual quedó demostrado que con la aprobación de la citada ley de protección de víctimas y testigos se provocó una notoria contradicción entre sí y con el código procesal penal vigente.

En el mismo voto jurisprudencial, la Sala Constitucional (2010) cita parte de los argumentos doctrinarios presentados por el Ministerio Público, donde se hace referencia a lo dicho por el autor José Cafferata Nores al referirse al testigo de identidad protegida o testigo sin rostro, como aquel que declara ante el Juez con una identidad que sólo él conoce.

Como complemento de los extremos contenidos en el voto constitucional de referencia (2010) se afirma que la justificación del testigo protegido obedece a lo exigido por el 204 del código procesal penal y el deber del Estado de garantizarle al deponente su protección. Se compara con la legislación argentina que protege al testigo en riesgo, garantizándole los derechos a las víctimas y a los testigos. En el mismo sentido, se cita la legislación de Estados Unidos que ha implementado un programa de protección integral para los testigos en riesgo y, también que por parte del “Consejo de la Unión Europea consiguió en 1995 un acuerdo fundamental para la protección de testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada” (p.5).

Otro aspecto esencial que cita la Sala Constitucional en su voto (2010) como argumentos preliminares del Ministerio Público, se refiere a la Jurisprudencia Española que afirma “que la admisión de un testigo oculto no daña los principios de inmediación, contradicción ni publicidad”. (p.6)

En el mismo orden de partes interesadas en la consulta de constitucionalidad, la Procuraduría General de la República se pronuncia y hace una citación de las normas del código procesal penal vigente (2023) de los alcances de la protección procesal a las víctimas

o testigos en condición de riesgo, afirmando que la protección de referencia se limita a las fases de investigación e intermedia; no obstante, cita otras normas contradictorias del mismo cuerpo normativo que permiten mantenerlas hasta la fase de juicio como el 304, 319 y 351.

Bajo esta perspectiva, la Procuraduría General de la República (2010) advierte a la Sala Constitucional la permisibilidad y obligación del Estado en mantener la protección y reserva de las calidades personales y características individualizantes del testigo protegido en la fase de juicio, afirmando:

No obstante, otras disposiciones de ese mismo Cuerpo Normativo permiten inferir que las medidas de protección podrían perdurar hasta la firmeza de la sentencia. Tal es el caso del artículo 319, que, al regular el contenido de la resolución final de la audiencia preliminar, impone la obligación para el juez de pronunciarse sobre las “solicitudes de protección de víctimas o testigos, o sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de las medidas ya acordadas.” También resulta de interés mencionar lo previsto en el artículo 304, que, al normativizar el acto de ofrecimiento de prueba para juicio, reconoce la posibilidad a las partes de solicitarle al juez la adopción de medidas de protección procesal para el testigo o que se continúe con las ordenadas hasta sentencia firme. En igual sentido, se observa lo previsto en el artículo 319 que encarga al tribunal de juicio a concertar las medidas necesarias para garantizar la recepción de los testimonios protegidos procesalmente que hayan sido admitidos para juicio, en la forma acordada al disponerse la protección; y lo dispuesto en el numeral 351, que establece que para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por 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. Además, las partes tienen la facultad de interponer recurso de apelación ante el superior, en contra de la decisión del juzgador que acuerde o deniegue medidas de protección procesales para testigos. La protección de los testigos de hechos criminales de las eventuales represalias que puede conllevar su condición dentro de un proceso penal enfrenta diversidad de intereses: por un lado, las necesidades colectivas en el tema de la seguridad pública, por otro, la vida, integridad física y libertad de las personas declarantes, y, por último, las garantías constitucionales propias del proceso penal. La implementación de medidas de tutela para los testigos se ha entendido como una necesidad inminente del sistema de administración de justicia, si se quiere lograr el efectivo combate de la criminalidad más grave que afecta a las sociedades modernas. En el procesamiento de delitos de marcada gravedad, el crimen organizado, el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas, entre otros, por su carácter virulento, se presenta gran reticencia de los ciudadanos a colaborar con la justicia, por el temor a sufrir represalias que este tipo de delincuencia genera. Esto provoca, en no pocas ocasiones, la pérdida de valiosos elementos de prueba, incluso determinantes, y cercena en parte las posibilidades de perseguir y sancionar exitosamente a los responsables de estos actos criminales. Los mecanismos para la protección de testigos se observan como la respuesta obligada del Estado al deber que tiene de brindar las seguridades suficientes para los declarantes de los procesos penales, en procura del debido resguardo de su derecho a la vida, integridad física y libertad; respuesta que en forma indisoluble debe acompañar la obligación que se le impone a los ciudadanos de rendir testimonio y decir verdad sobre

los hechos delictivos que conoce. El Estado no puede limitarse a exigir a la persona colaboración con la administración de justicia y abandonar al testigo cuyos intereses están siendo puestos indebidamente en peligro como consecuencia de la participación que se le demanda dentro del proceso penal. (p.16)

Aunado a la posición de la Procuraduría General de la República se citan las Convenciones aprobadas para el combate de la criminalidad organizada, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; la primera de ellas en su artículo 24 ((2000) establece:

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos. (p.29)

De igual manera, en el artículo 32 de la Convención contra la Corrupción (2003) dice:

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo, aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa. (p.27)

Ambas Convenciones suscritas por Costa Rica, son coincidentes en establecer la importancia y necesidad de brindarle a la víctima o testigo, así como a sus familiares en riesgo con ocasión de su deposición en juicio, la protección necesaria y eficaz a cambio de contar con su testimonio en la fase de juicio, ello sin detrimento del derecho de defensa del acusado.

Otros instrumentos de carácter internacional como el Estatuto de la Víctima de la Decisión Marco del Consejo Europeo del año 2001, el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad del año 2008 citadas en el voto constitucional (2010) coinciden plenamente en que el Estado debe velar por la protección y seguridad de quienes se encuentren en condiciones de riesgo a su integridad física.

Colateralmente, la Sala Constitucional en el mismo voto jurisprudencial (2010) cita la importancia que reviste el derecho de defensa para el acusado, incorporado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política costarricense, en concordancia con el artículo 26 de la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el 8.s de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos que al unísono establecen los derechos otorgados al acusado como:

El derecho a tener un traductor, el derecho a la intimación e imputación, el derecho a la defensa material, el derecho a interrogar a los testigos, a estar presente en la recepción de la prueba, de ofrecer prueba de descargo, de tener los medios y tiempo necesario para preparar la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo. (p.34)

La Sala Constitucional de Costa Rica, al analizar los argumentos esgrimidos por los interesados en esta consulta de constitucionalidad e incluyendo las referencias de algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como de la Constitución Política de Costa Rica entra a considerar y concluir que el acusado tiene el derecho a conocer todos y cada uno de los elementos probatorios, incluyendo la testimonial a quien podrá interrogar y examinar, lo cual no contrasta con la autorización procesal de mantener al testigo protegido aún en la fase de juicio. Esto implica que, no se le niega al acusado y a su patrocinio letrado de examinar al testigo protegido utilizando el contrainterrogatorio si es ofrecido por la parte acusadora, pero además se le exige a la parte que lo ofrece que previamente al juicio analice y verifique la información dada por el deponente protegido.

Este mecanismo de verificación no solo aplica para el testigo protegido, sino que además es una regla para las declaraciones de la víctima y de cualquier otro testigo, aun cuando no se encuentre bajo la tutela de un programa de protección procesal. La tesis que valida la Sala Constitucional en dicha acción de consulta, al inclinarse por la obligación de identificar al testigo o víctima protegida, lo ampara en un informe (2010) sobre Terrorismo y

Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de octubre del año 2002 que concluyó lo siguiente:

Por otra parte, en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del veintidós de octubre del dos mil dos, se indica que la utilización de los sistemas judiciales “sin rostro”, donde los jueces, fiscales y testigos son anónimos dentro del proceso, violentan las garantías básicas de la justicia. Refiere que el uso de testigos ocultos no permite que el acusado pueda realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, dado que no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos que se le atribuyen. (p.36)

Esta referencia que cita la Sala Constitucional de Costa Rica para afianzar su decisión sobre la prioridad del derecho de defensa para el acusado por encima de la vida para el testigo o víctima protegida no resulta equiparable a la situación real que experimentan las sociedades actuales frente al crimen organizado. Las modalidades de violencia con que actúan quienes conforman las organizaciones criminales, no encuentran un límite para hacer callar o intimidar a quien ha decidido colaborar con la administración de justicia, utilizando la muerte como un mensaje ejemplar para quien continúa como testigo o víctima protegida.

Una muestra precisa sobre la violencia en que actúa el crimen organizado para lograr obtener sus objetivos basados en dos premisas esenciales: el poder y el dinero; lo refiere una publicación oficial de las Naciones Unidas ((2022) al destacar la difícil situación que se viven en México, al indicar:

El Comité contra las Desapariciones Forzadas denunció este martes que los responsables del crecimiento de las desapariciones en México son los servidores públicos, tanto del ámbito federal, estatal y municipal, como el crimen organizado, al que considera perpetrador central de las desapariciones. Durante la presentación de su informe sobre la vista que realizaron del 15 al 26 de noviembre de 2021, el órgano de expertos independientes instó a tomar acciones inmediatas para acabar con la impunidad absoluta y a instaurar una política nacional que sirva para prevenir esta tragedia humana. (p.1)

También, un aspecto esencial para tomar en consideración lo es que gran parte o porcentaje de estas desapariciones forzadas en México ocurren para evitar acciones policiales y judiciales contra el crimen organizado, así se indicó en el citado informe de la ONU (2022) al señalar lo siguiente:

Entre el 2006 y el 2021 se produce un crecimiento exponencial de las desapariciones en el país. Esto es un 98% del total desapariciones que ocurrieron durante dicho periodo”, acotó. Roda indicó que la mayoría de los desaparecidos son hombres de 15 a 40 años, aunque se advierte que las cifras oficiales reportan una creciente tendencia a la desaparición de niños a partir de los 12 años, aunque también se debe incluir a los adolescentes y a las mujeres. La experta añadió que “se trataría de desapariciones que tendrían como objeto ocultar la violencia sexual, el feminicidio, la trata y la explotación sexual”. (p.1)

Como una consecuencia obligatoria de tomar en consideración lo constituye el efecto impunidad, es decir, las estructuras criminales organizadas asegurar su continuidad en la

actividad criminal con total y absoluta confianza y seguridad, al normativizar la muerte como una sanción para quienes colaboren con la justicia. En la misma línea de análisis, Costa Rica no está liberada de acciones violentas contra personas que de una u otra manera están o han estado vinculadas con el crimen organizado, así lo refleja una publicación del periódico digital CRHoy (2020) al señalar:

Los homicidios que son ordenados por el crimen organizado llegan a ser prácticamente imposibles de frenar en Costa Rica. Así lo demuestran los últimos 4 meses. Pese a las restricciones sanitarias y a la alta presencia policial en las calles, los asesinos siguieron haciendo de las suyas. Más de 160 personas fueron víctimas de un homicidio entre el 20 de marzo y el 20 de julio. En total, el país ya superó los 300 casos en el 2020. Álvaro González, jefe del Organismo de Investigación Judicial de Limón, explica la situación que enfrenta el país y cómo el fenómeno requiere un abordaje integral para tratar de disminuir los 560 eventos reportados en el 2019. (p.1)

El récord ascendente que ha venido experimentando Costa Rica desde el año 2020 en cuanto a la incidencia de homicidios vinculados al crimen organizado, constituye un reflejo de cómo operan las estructuras criminales en la actualidad, procurando que todo aquel que de una u otra manera se convierten en un obstáculo para ellos, deben ser eliminados con su vida.

Dicho fenómeno criminal, se ha mantenido en el último año 2023, así lo ha reflejado las estadísticas del Organismo de Investigación Judicial, según lo destaca el director del dicho organismo al diario nacional Extra (2023) quien refiere:

Randall Zúñiga, director del OIJ, en declaraciones en el programa Extra-Sucesos dijo que “los últimos tres meses del año son los meses con más homicidios en toda la

historia de Costa Rica. Históricamente veo muy difícil que no podemos cerrar en una cifra cercana de los 900 y algo, por ejemplo. La proyección estaba para 918 a 920, muy probablemente va a terminar como 905, 910 homicidios, lo cual significa que vamos a pasar de una tasa de 12 muertes por cada 100.000 habitantes a 18 por cada 100.000”. Además, explicó que entre 2014 y 2021 la tasa por cada 100.000 habitantes aumentó 1 punto en ocho años. El año pasado se incrementó 1 punto en un año y este año estaba aumentando en 6 puntos. “Pasamos de tener 477 homicidios en 2013 a 588 en 2021. Se hacen algunas cifras de 110 homicidios en ocho años y el año pasado tuvimos 66 homicidios en un año de más. Este año estamos ya a 200, casi 230 muertes, en un año, cuando en ocho años tomamos para hacer 110 homicidios de diferencia...”. (p.1)

Según la proyección de homicidios al cerrar el 2023, Costa Rica podrá alcanzar una tasa de 18 por cada 100000 habitantes, lo que representa una cifra histórica para la sociedad costarricense. Estos resultados reflejan que la criminalidad organizada ha modificado el modo de ejercer autoridad sobre otros grupos criminales o, incluso hacia lo interno de las mismas estructuras, al utilizar la violencia en su máximo expresión, la vida.

La Sala Constitucional de Costa Rica tendrá que replantearse su criterio jurisprudencial, con predominio de proteger la vida humana y en un segundo orden el derecho de defensa, sin denegarle al acusado o su representante legal la posibilidad de conocer con detalle la deposición del testigo o víctima protegida, así como ejercitar eficazmente el contra interrogatorio. Mantener bajo estricta confidencialidad las calidades personales y características individualizantes del deponente protegido procesalmente, le asegura a este poder brindar su declaración sin que su integridad física alcance un riesgo potencial y eficaz.

Manejo del testigo o víctima protegida procesalmente en el derecho comparado

El crimen organizado tiene un alcance global, cada Estado ha tenido que asumir políticas criminales que logren contrarrestar, al menos, el desarrollo de este tipo de delincuencia.

El autor costarricense Frank Harbottle Quirós (2012) haciendo referencia a lo desarrollado por el autor Ronald Salazar Murillo menciona a España como uno de los países europeos que le brinda un tratamiento diverso al testigo protegido en comparación con Costa Rica, señala:

Se han distinguido dos formas de protección a testigos, el llamado testigo oculto y el testigo anónimo. El primero es el que rinde declaración en una condición tal que no pueda ser visto directamente por el imputado o las partes, siendo aceptado por la jurisprudencia de ese país, mientras que el anónimo es aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal o para la defensa, o para ambos, el cual ha sido rechazado. (p.298, 299)

El legislador costarricense se inclinó por darle una protección procesal al testigo protegido al permitir que se reserve sus calidades y características individualizantes durante las fases preparatoria o de investigación, intermedia y de juicio; no obstante, ha sido la Sala Constitucional la que ha limitado su protección procesal hasta la fase intermedia, no pudiendo mantenerse hasta la fase de juicio, ello por cuanto infringiría el principio de derecho de defensa; obviando que en esta fase del contradictoria oral y pública es la más importante del proceso penal, ya que debe analizarse la culpabilidad del imputado y la imposición de la pena bajo el principio de proporcionalidad.

Por constituir la jurisprudencia de la Sala Constitucional erga omnes, es decir, obligatoria para todos menos para sí misma, los demás órganos jurisdiccionales en materia penal debieron acoger dicha interpretación, pese a que resulta un riesgo para la vida del testigo o víctima protegida.

En la actualidad, tanto la Sala Constitucional como los demás órganos jurisdiccionales en materia penal, pese al indiscriminado desarrollo más violento y de poder hacia la sociedad civil y la institucionalidad democrática que vienen mostrando las organizaciones criminales, aún no han reaccionado a variar el criterio y de esta manera brindarle una mayor seguridad al testigo o víctima protegida que, en su afán de colaborar ambos con la administración de justicia, no encuentra un apoyo en los jueces para asegurarles su integridad física para la celebración del juicio o bien, posterior a este.

Para Carmen Navarro Villanueva, profesora titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Autónoma de Barcelona (2009) en cuanto a la importancia del testigo protegido refiere:

La protección de testigos y peritos es una materia dotada de notable relevancia práctica no sólo en España, sino también en los países de nuestro entorno más próximo y lejano. Así, por ejemplo, en Colombia hace tiempo que se asumió como algo cotidiano la celebración de los juicios penales con testigos, cuya identidad siempre permanece en el anonimato, parapetados tras las más diversas máscaras y cuyas voces son inidentificables dado el empleo de instrumentos para distorsionarlas. (p.3)

Para la criminalidad organizada, infundir miedo y demostrar su fuerza y poder, ejecutando y consumando homicidios a través de la figura del sicariato u homicidio calificado

por pecio o promesa de pago como se encuentra tipificado en la legislación penal costarricense, o bien, cuando surgen conflictos entre los grupos criminales para extender su poder o dominio en los territorios, como también para demostrar autoridad a lo interno de la organización.

En este mismo sentido, la autora Navarro (2009) citando a Moreno Catena señala:

Si, a la capacidad inconmensurable de determinadas organizaciones para amedrentar a ciudadanos cuyos testimonios pueden ser relevantes para impedir la impunidad de sus acciones, unimos la contingencia que, como señala el profesor Moreno Catena, rodea a las fuentes personales de prueba por la facilidad con que se puede influir en ellas. (pp. 4,5)

De manera atinada la autora se refiere sobre la influencia directa o indirecta que puede recibir el testigo o víctima protegida procesalmente, cuando se desarrollan acciones violentas en su máxima expresión, como es acabar con la vida humana de quien lo consideran un problema latente.

España, a través de su ley orgánica 19/1994 publicada en el boletín número 307 del 23 de diciembre (2023) legisló la importancia de darle protección a los testigos y peritos, así se desprende de algunos de los artículos que la componen:

Artículo 1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales. 2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien

pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2. Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones: a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave. b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

La misma ley en su artículo 4 inciso 3) contempla la posibilidad de que las partes puedan solicitar la identidad del testigo o perito protegido, siempre y cuando lo exponga de manera motivada, correspondiéndole al juez valorar dicha petición y, en caso de que así lo resuelva dándole lugar a la petición, se le brindará la información.

También, la ley de rito en el mismo artículo 4 pero en el inciso 5) autoriza la incorporación por lectura al debate de aquellas declaraciones de testigos o peritos protegidos, cuando sea de imposible reproducción, siendo un supuesto real el peligro a la vida o a su integridad física.

Cuando un Estado asume el compromiso de enfrentar con eficacia la criminalidad organizada debe, sin ninguna contemplación, brindarle protección segura a quien brinda información privilegiada del grupo criminal, misma que será esencial para procesarla penalmente.

En el caso de Argentina que no ha estado al margen de la criminal organizada, así como de terrorismo, debió incorporar a su derecho positivo normativa que le permita una protección eficaz a quienes figurarían como testigos en un proceso penal.

Para el autor argentino César Fortete en su artículo “La protección del testigo de manifestaciones delictivas complejas y el derecho de defensa del imputado” publicado en el año 2008 (2023), señala que:

En los últimos años Argentina también ha legislado en materia de lucha contra formas especiales o complejas de delincuencia, contemplándose en algunas de estas leyes el diseño de estrategias especiales de recolección y protección de la prueba, como la incorporación de las figuras del arrepentido, del agente encubierto y la del testigo protegido. Estas figuras fueron reguladas por distintas leyes y en distintos momentos, por lo que, con el tiempo, surgió la necesidad de coordinar la protección de estos agentes en un único programa. Con motivo de ello se creó el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, que tiene por finalidad brindar una mayor protección a los testigos e imputados que hubieren colaborado de un modo eficiente con la investigación judicial de delitos complejos o de la delincuencia organizada, tales como secuestro, trata de personas, secuestro extorsivo, violación a la ley de estupefacientes y terrorismo. (p.166)

El citado programa nacional que se cita (2023), se promulgó mediante ley número 25764 el 12 de agosto del año 2003, con el fin esencial de proteger y preservar la seguridad de imputados y testigos que aportaron información relevante para la investigación judicial de delitos de delincuencia criminal organizada. En el numeral 5 dice “El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar” (p.1), que fue restituido a su redacción original el 20 de febrero del año 2020 mediante decreto DNU168-2020.

Para culminar con éxito una investigación penal, en especial tratándose de delitos considerados complejos o bien, de criminalidad organizada como el narcotráfico, trata de personas, homicidios por sicariato, tráfico de armas, entre otros y, que la policía tuvo la colaboración de personas involucradas en la organización criminal, mismas que son calificadas como testigos esenciales, deben ser protegidas con todas las herramientas policiales y procesales que la legislación interna posea y con ello, asegurarles su integridad física en lo personal y a los miembros familiares más cercanos.

En Chile, el 2 de junio del 2023, el diario Constitucional.cl (2023) publicó un extracto de la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema Chilena donde se destacó:

La Corte Suprema confirmó la sentencia que acogió recurso de protección y ordenó mantener bajo reserva de identidad a testigos que comparecerán en juicio por delitos contemplados en la ley seguridad del Estado, usurpación violenta de predios, hurto de madera y atentado contra la autoridad. Ilícitos cometidos a partir de noviembre de 2020, en la Región de La Araucanía. (p.1)

La sentencia de referencia fue publicada íntegramente por el diario digital citado, en la cual se argumenta jurídicamente la justificación y legitimidad del Ministerio Público de

mantener la reserva de la identidad del testigo en el caso sub examine, hasta la etapa de juicio; no solo porque la Constitución Política chilena así lo faculta, sino que además la legislación interna así lo regula, aunado a los lineamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sobre este tópico ha desarrollado. Resulta necesario y obligatorio citar algunos extractos de la citada sentencia, en lo atinente a la protección del testigo en fase de juicio:

Cuarto: Que, resulta conveniente recoger, además, las consideraciones del marco normativo internacional en relación a las medidas de reserva de identidad de testigos, tema que aborda la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el numeral 245 de su sentencia de 29 de mayo de 2014, en el conocido “Caso Lonkos”, donde se consigna la legitimidad de decretar, como medida de protección de los testigos en una causa determinada, la reserva su identidad, “fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo”. Quinto: Que, el artículo 20 de la Constitución Política de la República establece el recurso de protección como arbitrio jurisdiccional a favor de quien, “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” que allí se indican, entre ellos la vida y la integridad física y psíquica, reconocidos en el número 1º de su artículo 19, facultando al tribunal que conoce de dicho arbitrio para adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. (pp. 3,4)

Con suficiente claridad y, resaltando la protección del testigo, la Sala Penal de Chile en este pronunciamiento, confirma la sentencia del ad quo que había avalado dicha protección que incluía la reserva de datos sensibles. Además, hace alusión que mantener esta decisión no afecta los derechos del imputado, quien puede recurrir aspectos vinculados a las declaraciones del testigo o testigos en condiciones de protección, en caso de que así lo considere; en ese sentido el fallo de referencia señala:

Undécimo: Que, en cuanto a su proporcionalidad frente a los derechos del imputado, la medida requerida, esto es, mantener en reserva la identidad de determinados testigos, no parece afectar significativamente los derechos del imputado, quien podrá, de todas maneras, interrogarlos y hacer valer el resto de sus derechos procesales, incluyendo —él sí— la presentación de los recursos jurisdiccionales que correspondan en caso de que los testimonios de dichas personas sean el único antecedente condenatorio de que se disponga en su contra, lo cual no parece ser del caso concluir en este estadio procesal, atendida la extensa prueba ofrecida en la misma acusación cuya corrección formal pretende justificar la revelación de identidades impugnada por esta vía. Duodécimo: Que, del mandato constitucional y deberes de la Fiscalía para la protección de los testigos, más los elementos fácticos calificados que han sido expuestos, es posible afirmar la gravedad de la potencial afectación de la vida e integridad física que causaría la divulgación de la identidad mantenida en reserva hasta ahora de los testigos que se trata; la arbitrariedad de la resolución que así lo ordenó, asilada en disquisiciones puramente formales; así como la proporcionalidad de la medida adoptada por la Corte. (pp.9,10)

Finalmente, en Centroamérica, Honduras en el año 2007, a través del Congreso Nacional aprobó el Decreto #63-2007 que regula mediante ley el programa de especial de protección a testigos (2023) que en su numeral 11 establece que “Medidas de Protección. El director del Programa podrá adoptar cualquiera de las medidas siguientes: 3) Cambio de identidad. 4) Modificación de rasgos físicos”. (p.6)

En el mismo sentido, el código procesal penal de Honduras en su artículo 237 (2023), establece una disposición expresa y especial para el testigo protegido que dice:

Cuando se aprecie fundamento racional de que existe peligro grave para una persona, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge o compañero de hogar o sus bienes, como consecuencia de su intervención en el proceso penal como denunciante, víctima, testigo o perito o se encuentre en las condiciones de vulnerabilidad descritas en el Artículo 237-A del presente Código, el Órgano Jurisdiccional, de oficio, a petición de parte o por manifestación de las personas que se encuentren en riesgo, ordenará la adopción de una o varias medidas de protección que se estime conveniente al caso concreto, entre ellas: 1) Que no conste en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, profesión u oficio, domicilio, centro de trabajo ni dato alguno de las personas a las que se refiere el párrafo anterior que pudiese servir para identificar al compareciente; estos datos deberán de ser consignados en sobre sellado que estará bajo la custodia del titular del Tribunal que conozca la causa. El compareciente deberá ser identificado con una clave o número acorde con la dignidad humana y a la solemnidad del proceso penal, procurando que ésta sea la misma en todo el procedimiento; no obstante, en aquellos casos en que la edad de la víctima sea un elemento relevante para la calificación del delito, se dejará

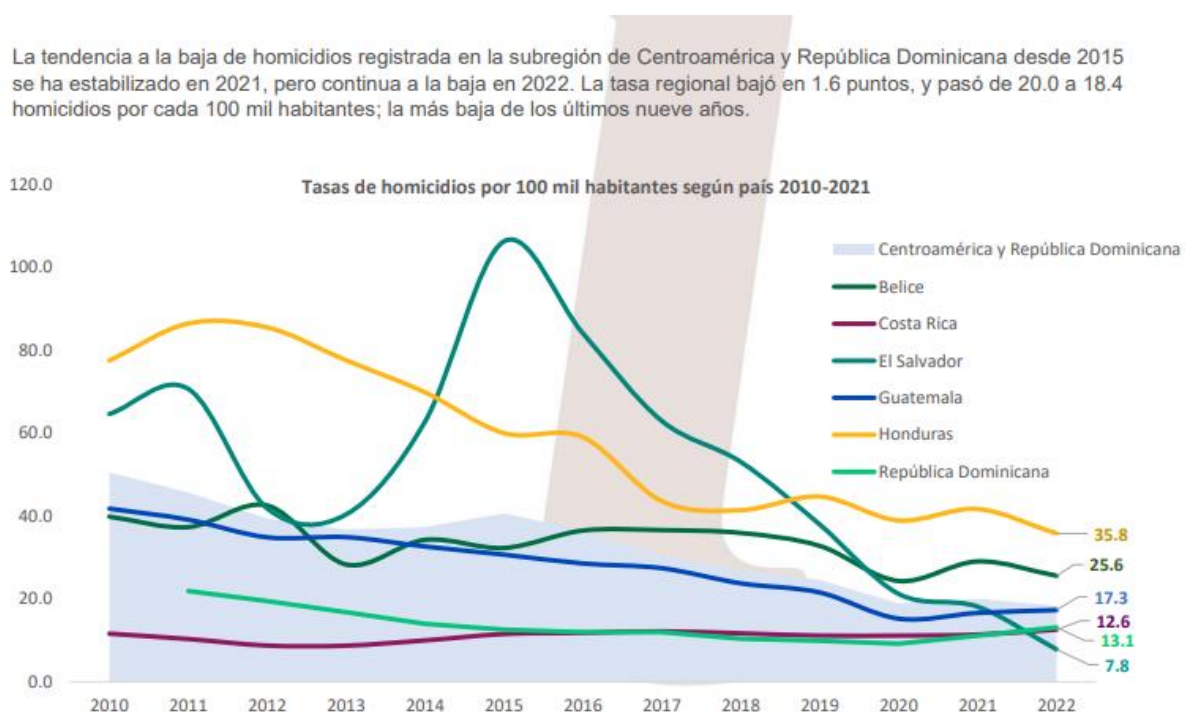
constancia en el acta relativa a su declaración. Quien incumpla esta disposición incurre en un delito o responsabilidad penal; 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público. 5) Que la declaración del compareciente sea rendida mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre el Órgano Jurisdiccional Requirente y el requerido, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa. En estos casos, el Órgano Jurisdiccional Requerido verificará previamente la identidad real, de manera singular y sin consultar ningún documento distinto a los que haya autorizado el Órgano Jurisdiccional Requirente; sin embargo, esta verificación se realizará de manera reservada en los casos que se haya dictado la medida de protección descrita en el numeral 1) del presente Artículo, debiendo remitir al órgano requirente la información de identificación respetiva. (pp.85,87)

En el mismo cuerpo legal hondureño se dispuso el instrumento procesal de la prueba anticipada y especialmente su recepción cuando exista peligro para ser recibida en juicio, según el artículo 277.

La criminalidad organizada no tiene límites o fronteras, su accionar cada vez más busca extender sus dominios para adquirir poder y dinero, sin importar las acciones violentas que puedan ejecutar contra quienes deciden colaborar con la administración de justicia. Para el año 2022 la ola de homicidios en los diferentes países en la región se ha incrementado, como se logra apreciar en la publicación hecha por USAID (2022) que corresponde a la

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, lo cual no ha quedado estático para ese año, sino que el fenómeno siguió en aumento como lo refirió el director de la policía judicial en Costa Rica, Randall Zúñiga, citado con anterioridad.

En la gráfica se muestra que en algunos países como Honduras y El Salvador han mostrado disminuciones significativas en la tasa de homicidios, mientras que en Costa Rica la tendencia ha sido el incremento. Ahora bien, la estadística refleja que las tasas de homicidios en la región siguen siendo altas.



Definitivamente, Costa Rica y todos aquellos países que actualmente se encuentran inmersos en actividades de criminalidad organizada y que no han modificado su normativa en cuanto a la protección del testigo protegido, cuya condición debe mantenerse durante todo el tiempo que se encuentre en riesgo, incluyendo la etapa de juicio, deben hacerlo sin tardanza

injustificada y con ello alinearse a la nueva realidad global del crimen transnacional organizado.

Conclusiones

El código procesal penal de Costa Rica presenta normas en conflicto en cuanto a la etapa en que puede mantenerse la reserva de las calidades e identidad del testigo protegido, la primera de ellas consignada en el numeral 204 in fine que establece que dicha protección sólo se mantiene para las fases preparatoria e intermedia; luego el art. 319 que regula la resolución que el Juez emite una vez finalizada la audiencia preliminar, donde se indica en su parte final que “se pronunciará sobre las solicitudes de protección de víctimas o testigos o sobre el mantenimiento” y, por último, el artículo 350 que establece la modalidad en que debe de recibirse la declaración de un testigo protegido “en especial cuando sea necesario mantener la reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz”.

No violenta el debido proceso ni el derecho de defensa, ni quebranta las Convenciones emitidas sobre derechos humanos, mantener la reserva de la identidad y demás calidades individualizantes de un testigo protegido, cuando la defensa haya tenido la oportunidad de preguntar y repreguntar, además se le haya mantenido la protección eficaz al declarante protegido.

Que la reserva de las calidades y características físicas del testigo protegido constituye la aplicación del principio de dignidad humana por parte del Estado, en procura de no exponerlo a un riesgo inminente hacia su integridad física y la vida. El artículo 293 del código procesal penal costarricense faculta al Ministerio Público, al querellante y a la defensa a solicitar la protección de un testigo cuando así sea requerido, siendo uno de los supuestos

válidos cuando su vida se encuentra en riesgo, pudiendo imponerse medidas de protección procesal dictadas por la autoridad jurisdiccional, como la reserva de su identidad y la de sus calidades físicas, condición que debe prevalecer y mantenerse durante las etapas del proceso en que aún permanezca el riesgo o peligro para la vida del testigo o víctima protegida.

Recomendaciones

Que la Asamblea Legislativa, como órgano encargado de crear y modificar las leyes en Costa Rica, modifique el numeral 204 in fine del código procesal penal vigente para que se lea: “La reserva de identidad del testigo protegido rige para las fases preparatoria, intermedia y de juicio, hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y el riesgo por el cual se dictaron haya desaparecido.”

Que la reforma legislativa al código de rito comprenda además el numeral 204 bis inciso 2) para que se modifique de la siguiente manera: “Las medidas de protección acordadas podrán prolongarse por el tiempo necesario en atención al riesgo, para las etapas preparatoria, intermedia y de juicio, incluyendo hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y el riesgo por el cual se dictaron haya desaparecido.”

Referencias.

Cijul en línea. (2014).

<https://www.bing.com/search?q=anticipo+jurisdiccional+de+prueba&qs=N&pq=el+anticipo+jurisdiccio&sc=9-23&cvid=9E5500286BAC488881A9EA764E02D833&FORM=QBRE&sp=1&ghc=1&lq=0>

Circular Administrativa del Ministerio Público Número 26-ADM. (2019). Costa Rica.
Ministerio

Público. [Sitio Web del Ministerio Público - Circulares Administrativas - Año 2019
\(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr)

Consulta constitucional. (2010). Resolución número 17907-2010.

[Poder Judicial \(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr)

Diario Constitucional Chileno. (2023).

[https://www.diarioconstitucional.cl/2023/06/03/corte-suprema-confirma-fallo-que-ordeno-mantener-la-reserva-de-identidad-de-testigos-en-causa-por-ley-de-seguridad-del
del
Estado/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20confirm%C3%B3%20la%20sentencia%20que%20acogi%C3%B3](https://www.diarioconstitucional.cl/2023/06/03/corte-suprema-confirma-fallo-que-ordeno-mantener-la-reserva-de-identidad-de-testigos-en-causa-por-ley-de-seguridad-del-Estado/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20confirm%C3%B3%20la%20sentencia%20que%20acogi%C3%B3)

Diario Extra. (2023). [Diario Extra - octubre cierra con 75 homicidios dolosos](#)

Fortete, C. (2023). Protección del testigo.

[La Protección Del Testigo de Manifestaciones Delictivas | PDF | Delito | Ley procesal
\(scribd.com\)](#)

Harbottle, F. (2012). El testigo sin rostro en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. No. 4. [el “testigo sin rostro” en el anticipo jurisdiccional de prueba en el \(studylib.es\)](#)

Hernández, J., Rodríguez, C. y Tenorio, A. (2008). El testigo sin rostro en Costa Rica. (Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica). Repositorio

Houed, M. (2018) Proceso Penal en Costa Rica.

<https://www.studocu.com/latam/document/universidad-hispanoamericana-costarica/medicina-legal/moises-proceso-penal-en-costa-rica/2251314>

Llobet, J. (2007) Derechos Humanos en la Justicia Penal. Poder Judicial. Costa Rica.

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes de España. (2023). Boletín oficial.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-28510>

Naciones Unidas. (2022).

[México: funcionarios públicos y crimen organizado son los responsables de las desapariciones | Noticias ONU](#)

Navarro, C. (2009). Protección a testigos y peritos. Revista de derecho procesal penal.

[justicia2009_tomo2.indb \(corteidh.or.cr\)](#)

Picado, C. y Calderón, A. (2015) Técnica y Estrategia Procesal. Editorial Investigaciones Jurídicas. Primera edición. Costa Rica.

Robleto, J. (2010). Los principios procesales y la dirección funcional. Escuela Judicial. Costa Rica.

USAID (2022). [OP_RG_2022_ESP.pdf \(infosegura.org\)](#)

Vega, F. (2022). La consolidación de la delincuencia organizada transnacional. Revista de Derecho Penal # 37. [La consolidación de la delincuencia organizada transnacional \(iustel.com\)](http://iustel.com)

Solano, J. CRhoy. Diario digital. (2020).

[Crimen en Costa Rica: ejecuciones ordenadas son casi imposibles de frenar \(crhoy.com\)](http://crhoy.com)

Convenciones

Convención contra la corrupción de Naciones Unidas. (2023). [04-56160_main_pr \(unodc.org\)](http://unodc.org)

Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. (2000).

[CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS \(unodc.org\)](http://unodc.org)

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2010). Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Edición número 11.

Leyes

Código Procesal Penal de 1996. (2023). Ley # 7594 de 1996. Costa Rica. Gaceta # 106 del 4 de junio.

Código Procesal Penal. (2023). [Codigo-Procesal-Penal-Honduras.pdf \(criterio.hn\)](http://criterio.hn)

Constitución Política de 1949. (2020). Costa Rica. Investigaciones Jurídicas.

Decreto # 63-2007 de Honduras. [Poder Legislativo \(tsc.gob.hn\)](http://tsc.gob.hn)

Ley contra la delincuencia organizada. (2009).

[Sistema Costarricense de Información Jurídica \(pgrweb.go.cr\)](http://www.pgrweb.go.cr)

Ley de Protección de Testigos. (2023). Costa Rica.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65274&nValor3=115375&strTipM=TC

Votos de Jurisprudencia.

Voto # 17907 (2010). Sala Constitucional de Costa Rica. [Poder Judicial \(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr)

Voto # 798. (2018) Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-851858>

Voto # 17926. (2021). Sala Constitucional de Costa Rica. [Poder Judicial \(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr)

Voto #3. (2019) Sala Tercera Penal de Costa Rica. [Poder Judicial \(poder-judicial.go.cr\)](http://poder-judicial.go.cr)