

# EL USO DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO O CON RESERVA DE IDENTIDAD EN LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL JUZGAMIENTO

FREDY VALENZUELA YLIZARBE\*  
JAHAIRA P. ALACHE NEYRA\*\*

## RESUMEN

*Los autores analizan la institución procesal penal del testigo protegido, precisando en qué casos debe hacerse uso de la misma, así como la exigencia de emitir una resolución motivada que respalde la decisión de convertir a un testigo en protegido. Asimismo, los autores hacen énfasis en el estudio de la declaración, del mencionado testigo, como prueba de cargo para la emisión del auto de prisión preventiva y la sentencia condenatoria.*

## MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política:** art. 139.
- **Código Procesal Penal:** arts. 64, 158, 242, 243, 247, 248, 249, 250, 251 y 252.

**PALABRAS CLAVE:** Testigo protegido / Proceso / Protección / Garantías

**Recibido:** 10/09/2019

**Aprobado:** 10/09/2019

## I. Introducción

Todo ciudadano que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva tiene la obligación,

salvo algunas excepciones, de declarar y, por tanto, concurrir ante las autoridades competentes cuando es citado como testigo, pues se trata de un deber cívico de colaborar con la administración de justicia<sup>1</sup>.

Existen casos, sin embargo, en los que el testigo tiene temor de concurrir y declarar porque la persona o las personas en contra de quienes declararía son peligrosas y su integridad física o vida corren peligro. Debe tratarse, desde luego, de un temor fundado y apoyado en datos objetivos y concretos.

Pese a ello, el testigo tiene la obligación de declarar y el Estado tiene el deber de

\* Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid-España, doctorando por la misma casa de estudios. Máster en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Abogado del Estudio Oré Guardia. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Profesor de la Universidad Privada del Norte e Inca Garcilaso de la Vega.

\*\* Estudiante de Derecho del último ciclo de la Universidad San Ignacio de Loyola. Practicante preprofesional del Estudio Oré Guardia. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

1 El artículo 162 del Código Procesal Penal prescribe que la capacidad para rendir testimonio la tienen “1. Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley”.

brindarle las garantías necesarias de que ni él ni sus familiares cercanos resultarán afectados por colaborar con la administración de justicia; para ello deberá crear o instaurar mecanismos de protección adecuados para que el testigo pueda declarar libremente y decir solo la verdad, pues un testigo atemorizado probablemente no lo haga. Y es que entre la vida o la integridad física y ser procesados por falsa declaración, probablemente se decanten por esto último.

Ante esta situación, como ocurrió –y viene ocurriendo– en casi todos los países desde hace unas décadas, de manera acertada, el legislador peruano ha establecido mecanismos de protección a favor de los testigos en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, CPP), entre sus artículos 248 y 249, los que establecen las medidas de protección para los testigos<sup>2</sup>.

Si bien el uso de esta institución jurídica es legítima y en determinados casos de insoslayable necesidad, lo cierto es que su empleo –sobre todo cuando se reserva la identidad del testigo– podría vulnerar derechos fundamentales del procesado; es decir, la adopción de algunas medidas de protección son difícilmente compatibles con los derechos del procesado. Precisamente, sobre esta situación, en este artículo nos ocuparemos de analizar principalmente el uso de la declaración del testigo protegido –como prueba de cargo– para la emisión del auto de prisión preventiva y la sentencia condenatoria.

## II. Deslinde conceptual

Con el propósito de ser precisos en el empleo de los términos, consideramos necesario distinguir entre testigo anónimo y testigo oculto, puesto que ambos se encuentran comprendidos dentro de la institución de testigos protegidos.

El CPP no realizó la distinción y, es más, emplea únicamente la terminología de testigos protegidos, pero ello no obsta para que, en este apartado, nos ocupemos y, de manera breve y puntual, mencionemos la diferencia, su importancia y si ambos –o ninguno de ellos– presentan problemas de compatibilidad con el derecho de defensa.

Así, por testigo oculto debemos entender a aquella persona que declara o depone ante las autoridades competentes sin que el procesado –y eventualmente su defensa– pueda verlo, pero sí conoce su identidad e incluso lo oye y la defensa tiene la posibilidad de formularle preguntas. Por su parte, el testigo anónimo es aquel de quien el procesado y su defensa desconocen su identidad. Incluso es posible diferenciar dos tipos de testigos anónimos: de un lado, están los que carecían de cualquier relación extraprocesal con el procesado –es el caso del agente encubierto– y, de otro, aquellos que, según lo que se infiere de algunos datos, habrían tenido una relación previa contra quien está declarando, de modo que esta pudo generar hostilidad o enemistad, motivo por el cual es posible que su testimonio esté “afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios (...)”<sup>3</sup>.

2 No solo los testigos, es importante aclarar, son beneficiarios de estas medidas de protección, sino también, los peritos, agraviados, agentes especiales o colaboradores que intervengan en los procesos penales, tal como lo prescribe el artículo 247 del Código Procesal Penal.

3 Fundamento jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 384/2016, de fecha 5 de mayo de 2016.

La distinción apuntada es sumamente importante para determinar la vulneración o no del derecho de defensa, y es que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español han sostenido que en el caso de los testigos ocultos no se vulnera el derecho de defensa del procesado, mientras que en el caso del testigo anónimo tal afectación sí se produciría<sup>4</sup>. Sobre este punto, volveremos más adelante.

Realizada la distinción, corresponde aclarar que en este artículo nos ocuparemos principalmente del análisis del testigo anónimo y su compatibilidad con el derecho de defensa durante el juicio y el incidente de prisión preventiva.

### III. Antecedentes

En la Inquisición se establecía, como lo refiere Nicolás de Eymerich, los medios a través de los cuales el imputado podía hacer frente o rechazar las acusaciones, entre los que estaba que el juez le corriera:

[T]raslado de cuantas actuaciones procesales se hayan producido, para que pueda tener un conocimiento completo de cuál es el contenido de las imputaciones que contra él se han recibido y de quiénes son las personas que le incriminan, denunciantes, acusadores o testigos. (Gacto Fernández, 1997, pp. 1632-1633)

No obstante, existía un supuesto excepcional en el que el juez no debía cumplir con la exigencia mencionada y, por tanto, podía limitar los derechos del imputado:

[C]uando estimare en conciencia que, por ser el reo persona poderosa, los depo- nentes contra él pudieran correr un grave peligro si su identidad llegara a ser conocida. En este caso excepcional, y solo en él, el inquisidor queda facultado para suprimir toda referencia a la identidad de acusadores y testigos en los papeles que se entregan al procesado. (Gacto Fernández, 1997, pp. 1632-1633)

Esta facultad debía ser empleada de forma muy moderada y siempre que existiera un verdadero peligro, el cual se determinaba teniendo en consideración:

[L]a influencia social o la riqueza de la familia del reo pero, sobre todo, su malignidad; porque, como indica la experiencia, los delincuentes más peligrosos son a menudo los más pobres y viles, que están desesperados porque no tienen nada que perder sino una vida miserable, y que suelen estar confabulados con cómplices infames y tan perversos como ellos. (Gacto Fernández, 1997, p. 1633).

No se debía tratar de cualquier tipo de peligro para que se emplee este mecanismo. La amenaza temida debía “de afectar gravemente a la vida, a la integridad física o al patrimonio de los testigos y de sus familiares” (Gacto Fernández, 1997, p. 1634).

Este planteamiento, que surgió como un supuesto excepcional, originó que en la Inquisición española se convirtiera en una práctica cotidiana el ocultar la identidad del testigo; es decir, lo que tenía que ser una

4 Fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 910-2013 (FJ. 2) de fecha 3 de diciembre de 2013. También en el fundamento jurídico 4.3 de la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 649-2010, de fecha 18 de junio de 2010.

excepción se convirtió en una regla. A partir de ahí se emitieron una serie de leyes a través de las que se permitía que se ocultasen el nombre de las personas que estuviesen dispuestas a declarar contra los sospechosos de herejía. Es el caso, por ejemplo, de la Carta Apostólica *Cum negotium*, promulgada en 1254 (Gacto Fernández, 1997, p. 1634).

Posteriormente, luego de muchos siglos, ya no en el sistema inquisitivo, sino en un modelo mixto o acusatorio –se entiende de corte más garantista–, surgió la necesidad de que el Estado adopte determinados mecanismos que permitieran hacer frente a la nueva forma de delinquir, principalmente la criminalidad organizada. Y es que ante la modernización de la delincuencia, los mecanismos para hacerle frente también tenían que variar. Es así que una de las medidas que se adoptó fue la de otorgar protección a los testigos a fin de que puedan deponer sin temor alguno o, lo que es lo mismo, con plena libertad y seguridad.

Así, en los Estados Unidos, en 1970, mediante la *Organized Crime Control Act* (Ley de control de la delincuencia organizada), comprendida en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, conocida como ley R.I.C.O.) (Zúñiga Rodríguez, 2010, 159), se reguló mecanismos de protección para las personas que testificaban en los casos relacionados al crimen organizado y otros delitos graves; y se creó

### COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

El testigo tiene la obligación de declarar y el Estado tiene el deber de brindarle las garantías necesarias de que ni él ni sus familiares cercanos resultarán afectados por colaborar con la administración de justicia.

el programa de seguridad de testigos con la finalidad de garantizar la seguridad física de los que se encontraban en situación de riesgo. Lo anterior se originó para proteger a los coimputados que querían colaborar con la justicia penal, debido a que en esa época existía la necesidad de dismantelar organizaciones criminales a través del rompimiento de la *Omertá* (“Ley del silencio”)<sup>5</sup>.

Las medidas de protección no se adoptaron únicamente en Estados Unidos, sino también en diversos países, en los que se presentaba la misma necesidad de proteger a las personas que colaboraban con la justicia penal. Así, se dictó la Ley de protección de testigos de 1994 en Australia; la Ley Orgánica N° 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales en España, del 23 de diciembre de 1994; la Ley N° 418 de 1997 en Colombia; entre otros. Cada ordenamiento jurídico tiene sus propias particularidades, pero la finalidad es la misma: proteger la

5 La primera persona a quien se le otorgó protección por prestar declaración fue Joseph Valachi, quien rompió con la “Omertá” y, en 1963, decidió testificar sobre la estructura interna de una mafia ante una comisión del Congreso de los Estados Unidos. Un contexto similar también sucedió en el ordenamiento jurídico italiano, puesto que la protección de los testigos se oficializó cuando Tomasso Buscetta cooperó con la justicia penal para desarticular la mafia a la que pertenecía, conforme se puede advertir en el *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada de las Naciones Unidas*. En ese mismo sentido, véase: Montanino (1987, pp. 392–408).

integridad física y/o la vida de los testigos y sus familiares cercanos.

En el Perú esta institución fue introducida por la Ley N° 27378 (publicada el 21 de diciembre de 2000), la que –con una redacción casi similar al texto actual– prescribía que la persona que tenía calidad de testigo era destinataria de medidas de protección (artículo 21); regulaba medidas de protección y otras adicionales (artículo 22 y 23); así como la variabilidad de las medidas otorgadas (artículo 24).

Poco después, el 23 de enero de 2001, nuestro país ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), la que establece, en el inciso 1 de su artículo 24, que los Estados partes deberán adoptar medidas de protección adecuadas para resguardar a los testigos, a sus familiares e incluso a personas cercanas. La ratificación de este tratado, entonces, obliga al Estado peruano a regular medidas de protección efectiva a favor de los testigos.

En consonancia con dicha obligación y a partir de la ratificación de la mencionada Convención, en el Perú se han emitido dos decretos con la finalidad de brindar protección efectiva a los testigos: 1) El Decreto Supremo N° 020-2001-JUS (publicada el 7 de junio de 2001) y 2) el Decreto Supremo N° 003-2010-JUS (publicada el 13 de febrero de 2010).

Posteriormente, entró en vigencia el CPP, el que regula lo referido a las medidas de protección para los testigos entre sus artículos 247 a 252. Después, mediante el Decreto Legislativo N° 130 (publicada el 30 de diciembre de 2016), se agregaron los supuestos de cómo proceder cuando el testigo se encuentra en un establecimiento penitenciario con reserva

de su identidad (literal d) del inciso 2 del artículo 248 del CPP), así como que el juez dispondrá, a pedido del fiscal, al INPE para que establezca las medidas necesarias que se encuentren dentro de sus atribuciones (inciso 4 del artículo 249 del CPP).

#### **IV. Naturaleza jurídica**

Es cierto que es discutible que una institución jurídica propiamente tenga una determinada “naturaleza” o “esencia”, es decir, aquello que es único y que debe distinguirla de las otras instituciones. En palabras de Carrió:

2) Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y solo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente –salvo los casos de mera homonimia– que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa. Suele ser esclarecedor, empero, el esfuerzo por desentrañar la regla tácita –si la hay– que rige el uso de la palabra común.

3) No puede hablarse, por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos, de dar “definiciones reales”, o de “describir el significado intrínseco o esencial de un término o expresión”, o de “determinar la naturaleza de la entidad designada por la palabra”.

Sin perjuicio de ello, empleamos el término naturaleza jurídica para dar cuenta de que una institución tiene determinadas características que impiden confundirla con otra. Y

en el presente caso ello es sumamente importante para evitar que se incurra en equívocos indeseados y las medidas de protección otorgadas al testigo sean confundidas con un mecanismo premial, de ahí que, a pesar de conocer que es complejo determinar que una institución pueda tener una naturaleza o una esencia, pretendemos resaltar las características y la finalidad de esta institución para que en la medida de lo posible puedan quedar claro sus alcances.

Para cumplir con el propósito apuntado, es necesario mencionar que testigo es toda persona que, por conocer de los hechos materia del proceso, es llamado ante las autoridades competentes para declarar, precisamente, sobre todo aquello que pudo haber observado. Dicho de otro modo, para tener la condición de testigo debe tratarse de una persona que tenga información obtenida de forma directa o indirecta, que debe ser pertinente y útil, para esclarecer los hechos que conforman el objeto del proceso penal (Abel Lluch, 2008, p. 26). Una característica esencial para tener la calidad de testigo es que la persona sea un tercero ajeno al proceso, desinteresado en su resultado, al que aporta información de relevancia para el adecuado esclarecimiento del hecho delictivo (Gómez Colomer, 2000, p. 249).

Dicho esto, la pregunta es: ¿el concepto de un testigo difiere del de testigo protegido? La respuesta es evidente: no, ya que el concepto viene a ser el mismo, tan es así que un testigo protegido, para serlo, tiene que ser previamente, aunque resulte evidente decirlo, un testigo directo o referencial. La diferencia,

### COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

Y es que ante la modernización de la delincuencia, los mecanismos para hacerle frente también tenían que variar. Es así que una de las medidas que se adoptó fue la de otorgar protección a los testigos a fin de que puedan deponer sin temor alguno o, lo que es lo mismo, con plena libertad y seguridad.

si se quiere, consiste en que al testigo “no protegido”, aunque resulte obvio decirlo, no se le otorga medidas de protección porque se entiende que su integridad física o su vida no corre riesgo alguno; mientras que al testigo protegido, sí<sup>6</sup>.

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que una persona tendrá la condición de testigo protegido cuando concurren los siguientes requisitos: primero, que sea una persona que sin haber intervenido en la actividad delictiva, tenga que aportar información de utilidad para el esclarecimiento del caso y, segundo, que su integridad física o su vida o la de sus familiares cercanos esté en riesgo real e inminente.

Visto así, queda claro que la figura del testigo protegido no debe ser asimilada a la del colaborador eficaz o cualquier otro mecanismo premial, ya que la protección que se le otorga en modo alguno supone que se le está brindando un beneficio por colaborar con la

6 Según la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre protección de testigos, el testigo es aquella persona que dispone de información necesaria para la resolución de un caso penal y que su cooperación con las autoridades competentes de persecución constituye un riesgo para sí misma u otra persona (inciso 5 del artículo 2).



justicia. Lo único que se está haciendo es, como resulta razonable, brindarle seguridad para que el testigo tenga plena libertad de declarar con la verdad, pues un testigo que tenga temor fundado, ante un peligro real, lo más probable es que no asista a las diligencias y, en caso lo haga, es difícil que pueda declarar todo lo que realmente sabe.

El colaborador eficaz, por el contrario, es una persona que cometió un hecho delictivo bien como autor o partícipe, y, por tanto, está siendo procesada o lo será; es un imputado a arrepentido que, en aras de obtener un beneficio, que puede consistir en la atenuación de su pena o incluso la exención, revela información relevante sobre las circunstancias en que se realizó el hecho delictivo y sobre quiénes, además, intervinieron en él.

Lo antes mencionado no se presenta en el caso del testigo protegido, pues por su declaración –por decir lo que sabe– no se le otorgará beneficio alguno, en el sentido de reducirle la pena o eximirle de responsabilidad; motivo por el cual no se trata de un mecanismo premial, sino, antes bien, de medidas de protección a favor de personas que proporcionarán, a través de su declaración, información pertinente y útil para el esclarecimiento del hecho y de sus responsables.

## **V. Presupuestos para que los testigos sean destinatarios de estas medidas**

Esta figura tiene como presupuesto material, según el inciso 1 del artículo 247 del CPP,

que las personas destinatarias de medidas de protección deban tener necesariamente la calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores. No se puede otorgar las medidas de protección, en consecuencia, a personas distintas a las mencionadas, por ejemplo al imputado que no se está sometiendo a la colaboración eficaz. Dicho de otro modo, en el caso de los imputados, la única forma de que las medidas de protección puedan alcanzarles es que se sometan a la institución de la colaboración eficaz, salvo cuando se trate de testigos impropios que estén brindando información, sin someterse a la mencionada institución jurídica, información relevante respecto de sus coprocesados<sup>7</sup>.

Además, el inciso 2, del artículo 247 y el artículo 248 del CPP prescriben que el fiscal o el juez otorgarán las medidas de protección pertinentes y necesarias siempre que aprecien racionalmente la existencia de un peligro<sup>8</sup> grave para la vida, libertad o bienes del testigo o de sus familiares (De la Cruz, 2008, p. 75); situación que origina que este sienta un temor fundado y apoyado en datos objetivos, por lo que no es suficiente la gravedad del delito para afirmar la existencia de una amenaza. Es por eso que para determinar en qué casos se debe otorgar las medidas de protección se requieren, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Balta y Demir vs Turquía, de fecha 23 de junio de 2015, citado por Salvatori (2015), distinguir dos tipos de miedos:

[A]quel imputable a amenazas u otras maniobras del acusado o de personas que

7 Sobre la posibilidad de otorgar protección a los imputados, véase: Navarro Villanueva (2009, pp. 99-100).

8 El peligro, a juicio del Tribunal Supremo, es “la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la administración de justicia o sus allegados inmediatos” (Santos Alonso y De Prada Rodríguez, 2012, p. 154).

actúan por él, y el miedo más general respecto de las consecuencias que puede tener el hecho de dar testimonio en un proceso [En el primer tipo de miedo], es comprensible que el juez autorice la lectura de la declaración sin obligarlo a comparecer en persona ni permitirle al acusado o a sus representantes someterlo a un contrainterrogatorio”; [mientras que en el caso del segundo], no es de todas maneras necesario para que el testigo sea dispensado de comparecer a la audiencia que su temor se relacione directamente con amenazas del acusado, [y agrega que] cualquier temor subjetivo experimentado por el testigo no basta para dispensarlo de comparecer, [por lo que exige que existan motivos objetivos que se apoyen, a su vez, en elementos concretos].

Entonces, no se debe tratar de que haya una mera presunción de riesgo o peligro para el testigo, sino que este debe suponer, tal como lo afirma el Tribunal Supremo español en numeral tres del fundamento jurídico primero de la Sentencia N° 354/1999, de fecha 3 de marzo de 1999, “la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la Administración de Justicia o sus allegados inmediatos”. Es decir, el estándar que se debe exigir para brindar las medidas es –y debe ser– elevado, pues otorgarlas puede significar la limitación o restricción del derecho de defensa del procesado, por ejemplo, cuando se oculta la identidad del testigo y no se le permite ejercer el derecho a interrogar.

Es por eso que la institución del testigo protegido debe estar reservada, principalmente, para los casos de delincuencia grave –criminalidad organizada, asociación ilícita, terrorismo, por ejemplo–, debido a que es en estos casos en los que realmente puede presentarse

un peligro fundado sobre la integridad e, incluso, sobre la vida de las personas que serán testigos; dicho de otro modo, no se justifica su uso en casos banales; en ese sentido ha sido desarrollado en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1171/2007, citada por González i Jiménez (2014, pp. 257-258). No se trata de emplear de manera indiscriminada y generalizada la institución mencionada, ya que podría, sin más, significar la vulneración del derecho de defensa.

Respecto al presupuesto formal, tal y como lo sostiene el profesor San Martín Castro (2015, pp. 586-587), se da con la emisión de un auto fundado o de una disposición fiscal, pues estas medidas pueden ser otorgadas por el fiscal en la etapa de investigación preparatoria y por el juez en la etapa intermedia y de enjuiciamiento. Es indispensable que tanto el auto como la disposición fiscal sean debidamente motivados, tal y como lo prescribe el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el inciso 1 del artículo 64 del CPP, para la función del juez y el fiscal, respectivamente.

## **VI. ¿La adopción de las medidas de protección debe ser *inaudita altera pars*?**

El procedimiento para la adopción de las medidas de protección se inicia de oficio o a pedido de la parte interesada. Será de oficio cuando el juez o el fiscal, dependiendo del estado en que se encuentre el proceso penal en curso, ante el peligro grave que aqueja al testigo y/o a sus familiares, adopten las medidas que resulten necesarias y proporcionales al riesgo o peligro que existe. Será a instancia de parte cuando el testigo considere necesario que se le brinde medidas de protección, y para que la solicitud proceda



y se admita en el programa de protección, se debe tener en cuenta una serie de criterios regulados en el artículo 13 del Reglamento del Programa Integral de Protección<sup>9</sup>.

Para que las medidas de protección sean otorgadas no se prevé la realización de audiencia ni el previo traslado de la solicitud a las partes, es decir, se emite *inaudita altera pars*. Sin embargo, según San Martín Castro (2015, p. 588), existe la posibilidad de la realización de audiencia y el previo traslado, siempre que ello no frustre la finalidad de la medida a imponerse ni aumente el riesgo para el testigo que pretenda recibir protección.

Es cierto que la realización de la audiencia permite que haya una contradicción plena y que, además, se pongan en vigencia los principios de contradicción, oralidad, inmediación y concentración, de manera que su importancia es innegable; ahora bien, lo anterior no significa, desde luego, que todo deba resolverse en audiencia. Las preguntas son, entonces, ¿para que se otorguen medidas de protección al testigo se requiere que se lleve a cabo una audiencia? ¿Quiénes participarían en ella? ¿Sería una audiencia pública o reservada?

Lo ideal sería que el juez, previo requerimiento del fiscal o del testigo, resuelva en audiencia si se otorgan o no las medidas de protección, en tanto que permitirá un debate sobre la necesidad o no de que estas se adopten. No obstante, tal situación podría generar que se ponga en riesgo el resguardo de la identidad del testigo, ya que para determinar la necesidad de que se otorgue una o varias medidas de protección se tendría

que conocer de qué testigo se trata, pues sin dicha información, el juez no podría advertir si realmente existe un peligro o no.

Por ello mismo, con independencia de que la solicitud se resuelva con audiencia o sin ella, lo determinante es que la decisión de otorgar medidas de protección al testigo y evitar que su identidad sea conocida por las partes e incluso por los abogados exige que se motive suficientemente la resolución, de ahí que habría que evaluar la posibilidad de que sea el juez y únicamente el juez quien decida tal situación, sin perjuicio de que el fiscal, por cuestiones de urgencia, lo pueda realizar en situaciones excepcionales, supuesto en el cual tendría que solicitar la convalidación de la medida por el juez.

Si se exige motivación exhaustiva –brindar razones para que la decisión no sea reputada como antojadiza o arbitraria– para que se otorgue protección al testigo –sobre todo la reserva de su identidad–, entonces la resolución debe ser notificada a las partes para que analicen las razones expuestas y, de ser el caso, mediante los mecanismos legales establecidos, busquen que se revele la identidad del testigo y de este modo se asegure la efectiva protección del derecho de defensa.

Efectivamente, el inciso 1 del artículo 251 del CPP establece que contra la disposición fiscal procede que el afectado acuda ante el juez para que examine su procedencia; mientras que contra la resolución judicial es posible interponer el recurso de apelación, el cual tendrá efecto devolutivo. La indeterminación o ambigüedad del término “afectado” genera confusión, pues no se sabe si se refiere a la persona a quien se le negó las medidas o al

9 Decreto Supremo N° 003-2010-JUS, publicada con fecha 13 de febrero de 2010.

procesado que resultará afectado en su derecho de defensa. No obstante, a nuestro juicio, el mencionado término se refiere al procesado, ya que es quien, en virtud de la disposición fiscal, no podrá ejercer su derecho de defensa plenamente ante la decisión del juez o fiscal de otorgar medidas de protección a un testigo.

En suma, para que pueda solicitarse el reexamen o impugnar la resolución que se pronuncia sobre este es insoslayable que pueda notificarse a las partes. Esto implica que ni el fiscal ni el juez pueden convertir a un testigo en protegido en un absoluto secretismo o sin que las partes procesales puedan conocer los motivos, pues ello impediría que las partes soliciten el reexamen y, luego, si su pretensión no es atendida, impugnen.

## VII. Sobre la reserva de la identidad y el derecho de defensa

### 1. Durante la etapa de juzgamiento

La revelación de la identidad del testigo protegido es posible, según el inciso 2 del artículo 250 del CPP, cuando una de las “partes solicita motivadamente, antes del inicio del juicio oral o para la actuación de una prueba anticipada referida al protegido (...)”. El Tribunal Supremo español ha manifestado que “el momento procesal concreto en el que se puede solicitar la identidad de los testigos protegidos, debe ser en los escritos de conclusiones provisionales, y la petición ha de

### COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

La institución del testigo protegido debe estar reservada, principalmente, para los casos de delincuencia grave –criminalidad organizada, asociación ilícita, terrorismo, por ejemplo–, debido a que es en estos casos en los que realmente puede presentarse un peligro fundado sobre la integridad e, incluso, sobre la vida de las personas que serán testigos.

ser de forma motivada” (González i Jiménez, 2014, p. 258).

Conforme se puede ver de la disposición citada, solo en dos supuestos es posible que se revele la identidad del testigo protegido: cuando la parte lo solicite antes del juicio oral o cuando se trata de la actuación de una prueba anticipada<sup>10</sup>. En ambos casos, se entiende, se exige que se fundamente adecuadamente el pedido y, además, que la resolución que resuelve la solicitud sea motivada, es decir, el juez debe acceder al pedido o rechazarlo brindando buenas razones.

La decisión de revelar la identidad, entonces, recae exclusivamente en el órgano jurisdiccional, siempre que advierta la necesidad para el debido ejercicio del derecho de

<sup>10</sup> La prueba anticipada, como se sabe, se puede practicar desde las diligencias preliminares hasta la etapa intermedia, tal como expresamente lo prescribe el artículo 242 del CPP, siempre que se presenten determinados supuestos que esta disposición regula. En consecuencia, cuando haya la necesidad de que se actúe una prueba anticipada vinculada a un testigo protegido, se puede solicitar, de forma fundamentada, que el juez revele la identidad del testigo protegido, a fin de no conculcar el derecho de defensa, en la medida que la actuación de la prueba anticipada sigue las formalidades establecidas para el juicio oral (inciso 3 del artículo 245 del CPP).

defensa. Luego de que se notifique la resolución mediante la cual se decide revelar la identidad del testigo, las partes, dentro del plazo de tres días, podrán proponer nuevas pruebas con la finalidad de acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio. Si la defensa no realizó el requerimiento de revelación de identidad a lo largo del proceso con los mecanismos que otorga la ley, no puede alegar la vulneración del derecho de defensa ni de la presunción de inocencia<sup>11</sup>.

La solicitud debe ser fundamentada a efectos de que el órgano jurisdiccional controle y decida si resulta pertinente y razonable develar la identidad del testigo, teniendo en consideración los intereses contrapuestos, de un lado, el derecho de defensa del acusado y, de otro, la seguridad del testigo, en función de la gravedad del riesgo. Es por tal motivo que la solicitud, repetimos, debe estar motivada de forma suficiente, de manera tal que su incumplimiento determinará que la solicitud sea rechazada de plano<sup>12</sup>.

Del mismo modo, la decisión de no revelar la identidad del testigo debe estar especialmente motivada, pues, conforme lo ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Schatschaschwili vs. Alemania*, “(...) antes de que un acusado pueda ser condenado, toda la evidencia en su contra debe ser producida en su presencia en una audiencia pública, en el contexto de un

debate contradictorio”; no se cumpliría con este derecho cuando el juez, pese a la solicitud de la defensa, decide que el acusado no conozca la identidad del testigo. Y es que el juez debe adoptar esta decisión –que el testigo tenga la condición de anónimo incluso en el juicio– únicamente cuando haya buenas razones o motivos razonables para afirmar que existe un temor real y objetivo del testigo y que, además, este temor tenga su respaldo en pruebas concretas; dicho de otro modo, el temor subjetivo sentido por este no es suficiente para evitar que comparezca al juicio y sea interrogado por la defensa del acusado<sup>13</sup>.

Ahora bien, revelar la identidad del testigo protegido –testigo anónimo– es sumamente importante porque está vinculado con el ejercicio del derecho de defensa, concretamente con el derecho a interrogar a los testigos, el cual se encuentra consagrado en los tratados y convenios internacionales (literal f, inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>14</sup> y el literal e, inciso 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup>). Es por ello que consideramos acertada la opción legislativa asumida en el CPP, ya que proteger al testigo no puede tener como consecuencia la vulneración de los derechos que le asisten al acusado.

En la legislación comparada tienen claro que la protección del testigo no puede significar

11 Fundamento jurídico 4 de la Casación N° 539-3016-Huánuco.

12 En este sentido, véase: fundamento jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1941/2016.

13 Véase: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso: *Balta et Demir vs. Turquía*.

14 Los alcances de este derecho han sido establecidos por la Corte. Podemos citar, a modo de ejemplo, los siguientes: *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* y *Lori Berenson Mejía vs. Perú*.

15 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó, en los casos *Gutiérrez Vivanco contra el Perú*, *Carranza Alegre contra el Perú* y *Quispe Roque contra el Perú*, que se vulneró el derecho a un juicio justo, ya que, entre otras cosas, el acusado no pudo interrogar a los testigos.

la restricción o vulneración de principios y derechos. Este es el caso de España, que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 19/1994 prescribe con toda claridad que:

[L]as garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir no pueden violar los principios del proceso penal.

En definitiva, la Ley 19/1994 establece que la protección contra el testigo o perito debe tener vigencia únicamente hasta que se inicia el juicio oral, pues la posibilidad de revelar la identidad del testigo protegido se justifica en la Exposición de Motivos de esta ley como un “necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales a los testigos y peritos y a sus familiares”. De este modo, como afirma González i Jiménez (2014, p. 259), el testimonio de un testigo protegido “no podrá ser utilizado como prueba de cargo si no es vertido en condiciones que garanticen el derecho de defensa”.

Por su parte, el artículo 204 del CPP costarricense establece que la decisión de brindar protección al testigo debe ser motivada y le corresponde al juez, a solicitud del fiscal, y que “[l]a reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia”. Se agrega, en el artículo 204 *bis*, que el levantamiento de las medidas de protección –conocer la identidad del testigo– se puede dar a pedido de una de las partes, siempre que sea “absolutamente

## COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

Las medidas de protección otorgadas a los testigos deben estructurarse con el debido respeto a un sistema de garantías que, de un lado, tutele los derechos e intereses de los testigos –especialmente su vida, integridad física y moral–; y, de otro, proteja los derechos de los imputados.

necesario para el adecuado ejercicio del derecho de defensa”. Este cuerpo normativo establece que en el juzgamiento el tribunal deberá adoptar las medidas necesarias para que el testigo participe de forma adecuada en la audiencia, incluso puede disponer que esta se lleve a cabo en forma privada o que se empleen los medios tecnológicos necesarios (artículos 324 y 351).

No obstante, en Holanda, una comisión<sup>16</sup> “propuso que en principio se prohibiera utilizar como prueba las declaraciones de los testigos anónimos; sin embargo, podía hacerse una excepción cuando el testigo corriera un riesgo inadmisibles si se revelaba su identidad. En tales casos se admitiría como prueba la declaración anónima si se hubiera prestado ante el Juez de Instrucción” (Del Carpio Delgado, 2007, p. 37). Es decir, el propósito es compatibilizar el empleo de las declaraciones de los testigos anónimos y el derecho de defensa. Esta posibilidad fue dejada

16 Creada por el Ministerio de Justicia para que se reforme la legislación procesal con relación a la protección de los testigos, la que, entre sus conclusiones, afirmó que “en algunos casos, es inevitable el anonimato de los testigos teniendo en cuenta que en la actualidad hay formas de delincuencia organizada, de una gravedad que anteriormente no había sido posible considerar por los legisladores”. La Comisión añadió que en un “Estado de Derecho no se puede admitir que se entorpezca o más, exactamente se frustre la Justicia de esta manera”.

sin efecto a través de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sancionó en varias oportunidades a Holanda, conforme lo veremos párrafos más abajo.

En la doctrina también se sostiene que la protección del testigo debe estar en armonía con el derecho de defensa. Así, Martín Ostos (2013) considera que:

Si no se puede interrogar con pleno conocimiento y libertad a un testigo propuesto por la acusación, difícilmente se podrá ejercer con acierto la defensa. Aún consciente del riesgo que ello comporta, lo contrario sería atribuir al Estado una incontrolada capacidad de actuación en la lucha contra el crimen. (p. 61)

Es por ello que las medidas de protección otorgadas a los testigos deben estructurarse con el debido respeto a un sistema de garantías que, de un lado, tutele los derechos e intereses de los testigos –especialmente su vida, integridad física y moral–; y, de otro, proteja los derechos de los imputados –fundamentalmente el principio de contradicción, que exige interrogar a todos los testigos con conocimiento de su identidad, y el principio de igualdad de armas– (Santos Alonso y De Prada Rodríguez, 2012, pp. 146-147).

Lo mismo ocurre en la jurisprudencia de organismos internacionales y de los tribunales supremos y constitucionales. Así, la Corte Interamericana Derechos Humanos, en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, ha manifestado:

El literal f) del artículo 8.2 de la Convención –entiéndase Convención Americana de Derechos Humanos–, consagra la garantía mínima del derecho de la defensa de interrogar a los testigos. (...)

La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada. (párrafo 242)

Luego de realizar tal afirmación, la Corte agrega:

[T]ambién tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de medidas de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración. (párrafo 246)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un inicio fue categórico al sostener que no puede condenarse a una persona sobre la base de la declaración de testigos anónimos, pues es contraria o vulnera las exigencias establecidas en el inciso 3 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

concretamente el principio de contradicción. No ocurre lo mismo, esto es, no se vulnera la garantía referida, cuando se trata de testigos ocultos, ya que en estos supuestos sí se respeta la posibilidad de contradicción<sup>17</sup>. En efecto, el Tribunal entendía que en ningún caso debía admitirse la declaración de un testigo anónimo como prueba para condenar al acusado. Citemos, a modo de ejemplo, uno de ellos:

[S]i la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes<sup>18</sup>.

Sin embargo, a partir del caso Doorson contra Holanda, de fecha 26 de marzo de 1996<sup>19</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asumió una posición ciertamente distinta y flexibilizó la regla que venía sosteniendo, pues manifestó que las declaraciones de los testigos anónimos sí podían admitirse o emplearse a modo de excepción, siempre que se cumpla con determinados principios; por

### COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

El fundamento para que sea testigo anónimo no se encuentra en la ausencia de credibilidad o, en otros términos, que tenga tal condición no hace sospechosa su declaración, sino en el peligro que existe contra su vida o integridad física.

ejemplo, que el proceso ofrezca mecanismos suficientes para compensar el desconocimiento de la identidad de los testigos —que la defensa tenga posibilidad de interrogar al testigo— y que la condena no se base o se fundamente únicamente en la declaración de aquellos. Entonces, si se cumple con estos principios, que deben fundamentarse suficientemente, sí es posible emplear la declaración de los testigos anónimos para condenar<sup>20</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo español, en el fundamento jurídico 4.2 de la Sentencia N° 649/2010, de fecha 18 de junio de 2010, reconoce que:

[E]l interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad (...) suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad,

17 Véanse las sentencias: Kostovski vs. Países Bajos, de fecha 20 de noviembre de 1989; Windisch vs. Austria, de fecha 27 de setiembre 1990; y Lüdi vs. Suiza, de fecha 15 de julio de 1992.

18 Párrafo 42 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso: Kostovski vs. Países Bajos, de fecha 20 de noviembre de 1989.

19 En esta sentencia, dos jueces emitieron su voto discordante, pues sostuvieron que los problemas de seguridad —que pueden presentarse en los delitos de drogas— no pueden resolverse derogando o vulnerando el principio fundamental que exige que el testimonio debe llevarse a cabo en presencia del acusado para que tenga la oportunidad de preguntar o hacer preguntar al deponente.

20 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en los mismos términos, entre otros, en los casos Visser vs. Países Bajos, de fecha 14 de febrero de 2002; y Birutis vs. Lituania, de fecha 28 de marzo de 2002.



credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo (...). La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

Respecto a lo señalado, el mismo tribunal, en el fundamento jurídico 1.1 de la Sentencia N° 525/2012, de fecha 19 de junio de 2012, añade que “es necesario proteger para garantizar la indemnidad de aquel y desde otra perspectiva, para facilitar la colaboración del ciudadano con la Justicia”.

Por tal motivo, conforme precisa el Tribunal Supremo español en el fundamento jurídico 6.3 de la Sentencia N° 852/2016, de fecha 11 de noviembre de 2016, en tanto la defensa no puede ponderar o controlar la imparcialidad y el grado de credibilidad y fiabilidad del testigo ni someterlo a contradicción:

[L]as garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas. [Se añade que lo anterior –la imposibilidad de controlar y contradecir–] (...) genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, ya que no es fácil acudir a modulaciones valorativas de algo que aparece dañado de raíz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo. Sin perjuicio, claro está, de que la condena pueda apoyarse en otras pruebas inculpativas que contengan entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia<sup>21</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo español –siguiendo los pronunciamientos del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos– ha establecido en la Sentencia N° 378/2009, de fecha 27 de marzo de 2009, que la compatibilidad de cualquier ponderación exige el cumplimiento de dos parámetros: primero, que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta; y, segundo, que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva. Así también se ha pronunciado en la Sentencia N° 1941/2016, de fecha 5 de mayo de 2016, pues desestimó el recurso del defensor porque el anonimato fue compensado por la abundante prueba practicada y la escasa relevancia del testimonio del testigo anónimo.

El Tribunal Constitucional español ha establecido en la Sentencia N° 75/2013, de fecha 8 de abril de 2013 –siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, que para erigirse como prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir los siguientes tres requisitos concretos:

El primero de ellos (...) que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y [la] credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

21 En el mismo sentido, luego de analizar los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y de la propia sala, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado en la Sentencia N° 649/2010, fundamento jurídico 4.3, de fecha 18 de junio de 2010.

En conclusión, tanto la legislación, la doctrina y la jurisprudencia son uniformes al considerar que la protección de la identidad del testigo no debe ser absoluta o, dicho de otro modo, es necesario que esta se deposite para el adecuado ejercicio del derecho de defensa; y también coinciden en señalar que, en caso ello no sea posible porque existen motivos fundados para temer por la vida y la integridad física de los testigos y sus familiares cercanos, se deberán adoptar las medidas compensatorias. Naturalmente, estamos de acuerdo con esta posición, pues no podría admitirse que el derecho a interrogar sea absoluto e incluso implique poner en riesgo inminente la vida y la integridad física del testigo o sus allegados. Es por ello que el juez debe ser razonable al momento de decidir no develar la identidad del testigo y al aplicar los mecanismos de compensación.

## 2. Durante el incidente de prisión preventiva

Ha quedado claro, por lo expuesto en el apartado anterior, que existe una necesidad insoslayable de que el imputado y su abogado defensor conozcan la identidad del testigo para que el empleo de su declaración sea compatible con el derecho de defensa; dicho en otros términos, para que la declaración de un testigo anónimo tenga valor incriminatorio, la defensa del imputado debió haber tenido la posibilidad de interrogarlo o, en cualquier caso, tenía que haber operado un mecanismo de compensación. Si para el juzgamiento se exige revelar la identidad del testigo o, en caso ello no sea posible, adoptar medidas compensatorias, ¿lo mismo debe exigirse para emitir una decisión tan gravosa como la prisión preventiva?

El CPP no prescribe nada referido al incidente de la prisión preventiva, pues como

### COMENTARIO RELEVANTE DE LOS AUTORES

Ante la imposibilidad de revelar la identidad del testigo protegido durante la audiencia de prisión preventiva, lo que corresponde es que se adopten medidas de compensación, tal como se hace en la fase de juzgamiento.

ya lo hemos mencionado, solo regula dos supuestos en los que es posible develar la identidad del testigo: en casos de prueba anticipada y en juzgamiento. No obstante, existen algunos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en los que se han establecido una posición sobre el particular, de los que nos ocuparemos a continuación para luego manifestar nuestra posición.

Así, recientemente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 358-2019-Nacional –que hasta el momento no alcanza los votos requeridos para generar resolución en mayoría–, se ocupó de este asunto y sostuvo que la declaración del testigo de identidad reservada debe ser corroborada como cualquier otro testigo, pues la distinción solo se advierte en cuanto a las consecuencias que genere la limitación al derecho de defensa por su reserva de identidad, como la imposibilidad de realizar preguntas relacionadas a una posible incredibilidad subjetiva (fundamento jurídico 50). Agrega que no poder interrogar al testigo con reserva de identidad durante las etapas preliminares queda compensado al permitir a la defensa su posterior interrogatorio, especialmente en el juzgamiento, siempre adoptando las medidas de seguridad pertinentes

para resguardar su identidad (fundamento jurídico 53).

La Corte Suprema no ha recurrido a la expresión de “situaciones análogas” para exigir que la declaración del testigo con reserva de identidad debe ser corroborada con otros elementos de convicción y, además, ha manifestado que se debe recurrir a la medida compensatoria que consiste en otorgar a la defensa la posibilidad de que pueda interrogar al testigo. Tal posibilidad, entendemos, debería producirse antes de que se solicite la prisión preventiva, pues hacerlo después no tendría mucho sentido, en tanto que ya se habría limitado el derecho de defensa, sin que se haya producido una medida que la compense.

El voto en minoría opta por afirmar que la declaración de un testigo con reserva de identidad debe ser corroborada porque así lo exige el inciso 2 del artículo 158 del CPP; es decir, a juicio del voto en minoría, esta clase de testigos están comprendidos en la expresión “situaciones análogas”. En esta línea se ha pronunciado la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en el fundamento jurídico 61, literal b, del Expediente N° 00299-2017-36-5001-JR-PE-01; ya que considera que la declaración del testigo protegido, por actuar con reserva de identidad y porque existe imposibilidad de conocerla, debe ser corroborada con otros elementos de convicción, exigencia que se desprende de la expresión “situaciones análogas” que está regulada en el inciso 2 del artículo 158 del CPP, el que, según la Sala, “diseña una regla abierta que permite incluir a otros órganos de prueba”. No queda muy claro, pero la Sala parece sostener que si bien no es posible examinar al testigo protegido, porque ello solo podría darse en un contexto en que se asegure la reserva de su identidad, lo que sí sería

posible exigir es que, con la concurrencia de otros elementos distintos a la mencionada declaración, a nivel cognoscitivo se corrobore dicha versión.

Visto así, la pregunta que debemos responder es: ¿la expresión “situaciones análogas” del inciso 2 del artículo 158 del CPP comprende al testigo protegido? Según Miranda Estrampes (s/f., p. 23), en las situaciones análogas se tendría que incluir a “todos aquellos supuestos de personas que a raíz de su colaboración con las autoridades penales se han visto recompensadas o han obtenido algún tipo de beneficio penal o penitenciario”. Si esto es así, para el citado profesor, la expresión “situaciones análogas” solo calzaría con los coimputados que, sin haberse sometido al proceso de colaboración eficaz, colaboran con las autoridades penales a cambio de un beneficio, lo que no ocurre en el supuesto de los testigos protegidos.

Talavera Elguera (s/f., p. 19) considera que la regla establecida en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que regula la exigencia de que se corrobore la declaración del colaborador eficaz, también es aplicable para los testigos anónimos, pues “de otro modo se podría afectar el sistema de libre apreciación de la prueba e instalarse como un resabio del sistema de prueba legal o tasada”. Como puede advertirse, el citado autor no tuvo necesidad de recurrir a la expresión “situaciones análogas” para exigir que la declaración del testigo anónimo tenga que corroborarse.

Para emitir nuestra opinión sobre este aspecto, es necesario responder a la siguiente interrogante: ¿cuál es el fundamento para que las declaraciones del colaborador eficaz y el testigo de referencia tengan que ser corroboradas (inciso 2 del artículo 158 del

CPP)? La respuesta es que en ambos casos existen problemas de credibilidad, ya que la declaración de aquel, dogmáticamente, es considerada como “prueba sospechosa”<sup>22</sup>, debido a que persigue la obtención de un beneficio; mientras que en el caso de los testigos de referencia o testigos de oídas, debido a que tienen conocimientos de los hechos presuntamente delictivos a través del relato de terceros, no de forma directa (San Martín, 2015, p. 615)<sup>23</sup>.

¿El fundamento mencionado es aplicable también para el supuesto del testigo anónimo? La respuesta no puede ser única, ya que dependerá de si se trata de un testigo directo o un testigo de referencia. En este último caso se exigirá la corroboración no por ser un testigo anónimo, sino precisamente por tratarse de un testigo de referencia. No ocurre lo mismo, a nuestro juicio, en el caso del testigo directo anónimo, en el que no habría la exigencia, en principio, de corroborar su declaración, pues no estaría comprendido en la expresión “situaciones análogas”. Y es que no lo puede estar porque el fundamento para que sea testigo anónimo no se encuentra en la ausencia de credibilidad o, en otros términos, que tenga tal condición no hace sospechosa su declaración, sino en el peligro que existe contra su vida o su integridad física. En definitiva, que tenga la condición de testigo protegido no determina, *per se*, que su declaración sea sospechosa o carezca de credibilidad.

Es evidente que, por el estándar que exige la prisión preventiva, no es posible imponerla únicamente con la declaración de un testigo protegido; se requiere, por el contrario, la existencia de una pluralidad de elementos de convicción, y no es por ello que hay la necesidad de corroborar la declaración de un testigo protegido, sino porque así lo exige el cumplimiento del estándar establecido para el primer presupuesto de esta medida de coerción: sospecha grave.

Ahora bien, si no estamos de acuerdo con la postura que considera que los testigos protegidos están comprendidos en la expresión “situaciones análogas”, entonces, ¿cuál es la alternativa que planteamos?, es decir, ¿qué medida se debe adoptar para que el empleo de las declaraciones de los testigos anónimos sea compatible con el derecho de defensa?

Previamente a responder a esta interrogante, consideramos necesario recordar que el estándar que se exige para la imposición de la prisión preventiva es el de la “sospecha fundada y grave”, el nivel más alto de sospecha, incluso más alto que el requerido para la acusación<sup>24</sup>; se trata, por tanto, de un estándar bastante cercano al que se exige para condenar, motivo por el cual las mismas reglas que se exigen para aquella también deben aplicarse para esta. Dicho de otro modo y en concreto referido al testigo protegido, debemos considerar que las exigencias

22 Véase: Casación N° 292-2019-Lambayeque, fundamento jurídico 12; Recurso de Nulidad N° 99-2017-Nacional, fundamento jurídico 7; Asencio Mellado (s/f); Miranda Estrampes (s/f) y Talavera Elguera (2018, p. 258).

23 En ese mismo sentido, véase: Recurso de Nulidad N° 73-2015-Lima, fundamento jurídico 26; Velayos Martínez (1998, p. 32).

24 Véase: Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, fundamento jurídico 24; Casación N° 292-2019-Lambayeque, fundamento jurídico 3); Expediente N° 350-2015-13 de la Primera Sala Penal de Apelaciones, fundamento jurídico 2.1.6.

establecidas para que se valore su testimonio en juicio deben ser también aplicables, en lo que corresponda, al momento de que se valoren las declaraciones de los testigos con reserva de identidad en el incidente de prisión preventiva.

En consecuencia, ante la imposibilidad de revelar la identidad del testigo protegido durante la audiencia de prisión preventiva, lo que corresponde es que se adopten medidas de compensación, tal como se hace en la fase de juzgamiento. De este modo, las medidas compensatorias que, a nuestro juicio, deberían emplearse para que la declaración de los testigos con reserva de identidad pueda operar como elemento incriminatorio son las siguientes: i) la decisión de resguardar la identidad del testigo debe ser adoptada por el fiscal de manera motivada y la defensa debió haber tenido la oportunidad de plantear el reexamen ante el juez; ii) la defensa debió tener la oportunidad amplia de realizarle preguntas al testigo protegido sobre aspectos relacionados a su fiabilidad y su veracidad –puede ser, por ejemplo, a través de un pliego–, antes de que se lleve a cabo la audiencia de prisión preventiva, es el fiscal quien debe procurar que esto ocurra porque será él quien luego empleará este elemento de convicción; iii) la declaración del testigo protegido no debe ser la única prueba de cargo ni mucho menos debe ser la decisiva para fundamentar la prisión preventiva,

debe ser uno adicional, pero en ningún caso el principal.

La declaración del testigo protegido –de quien no se conoce su identidad– puede ser sumamente útil –y resulta admisible que lo sea– para la realización de mayores actos de investigación, es decir, puede servir para obtener fuentes de prueba que ayuden en el avance de la investigación<sup>25</sup>, pero no pueden ser de utilidad –salvo que se adopten las medidas compensatorias ya mencionadas– para dictar una prisión preventiva, pues esta, al exigir un estándar similar al de la sentencia, también exige que los elementos de convicción que le permitan alcanzar dicho estándar cumplan con los mismos requisitos que en la etapa del juicio. Y es que una medida tan gravosa no puede apoyarse en elementos de convicción que la defensa, por no conocer la identidad del testigo, no haya tenido posibilidad de cuestionar –ni su fiabilidad, su credibilidad y su imparcialidad–.

Es cierto que las medidas compensatorias que se están planteando son muy elevadas, pero lo hacemos porque consideramos que encarcelar a una persona inocente –que no tiene una sentencia condenatoria firme en su contra– debe exigir el cumplimiento de un estándar bastante elevado, cercano al que se exige para la condena. En consecuencia, la declaración de un testigo protegido, que debe ser tomada con extrema precaución<sup>26</sup>,

25 Se debe distinguir, entonces, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre la utilidad y la eficacia de las declaraciones de un testigo anónimo en la fase de investigación y en la de juzgamiento, pues en aquella es válido y útil obtener fuentes de prueba en virtud de su declaración a fin de avanzar con la investigación y obtener otras fuentes, las que pueden ser consideradas como medios de prueba en el juzgamiento; por el contrario, en esta fase el testimonio anónimo no puede actuar como prueba decisiva o determinante para dictar una sentencia condenatoria. Véanse las sentencias: *Kostovski vs. Países Bajos*, de fecha 20 de noviembre de 1989, y *Doorson vs. Países Bajos*, de fecha 26 de marzo de 1996.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán vs. Chile*, párrafo 247, de fecha 29 de mayo de 2014; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Doorson vs. Países Bajos*, párrafo 76, de fecha 26 de marzo

solo podrá tener valor incriminatorio si es que cumple con las exigencias mencionadas.

### 3. Conclusiones

- Una primera conclusión consiste en que la institución del testigo protegido debe usarse de manera responsable, racional y razonable por parte de la Fiscalía. Es decir, no se pueden otorgar las medidas de protección –sobre todo la que otorga la reserva de la identidad– de manera indiscriminada o solamente con el propósito de limitar la defensa del procesado. Se debe dictar cuando haya un riesgo o peligro fundado para el testigo, el que debe estar apoyado por datos concretos y no por una mera creencia del testigo o solo por la gravedad del delito investigado.
- Una segunda conclusión –vinculada a la primera– es que la decisión fiscal o judicial de convertir a un testigo en protegido debe exigir la emisión de una disposición o una resolución motivada, en la que deben estar expresamente consignadas las razones que determinaron que se le otorgue tal calidad. La decisión debe ser notificada oportunamente a las partes para que puedan solicitar el reexamen ante el órgano jurisdiccional y, cuando corresponda, impugnar.
- La tercera conclusión consiste en que el testigo protegido –cuando los procesados o sus abogados no conocen su identidad– presenta problemas de compatibilidad con el derecho de defensa, pues evitaría que se le pueda interrogar con la finalidad de poner en evidencia que hay motivos

espurios por los que está declarando en un sentido determinado. Este aspecto, conforme se ha visto, ya fue resuelto para la etapa del juzgamiento, dado que de manera uniforme se han manifestado que se debe recurrir a un mecanismo de compensación.

- Una cuarta conclusión es que, a diferencia de lo que ocurre en el juicio, en el incidente de prisión preventiva aún no se ha analizado la compatibilidad del testigo protegido con el derecho de defensa. Nosotros consideramos que, para salvar la situación apuntada, no debemos recurrir a la corroboración bajo el entendido de que estamos ante un supuesto de “situación análoga”, sino que se debe aplicar mecanismos de compensación, tal como ocurre en la fase de juzgamiento, pues el estándar que se exige para imponer una prisión preventiva es similar y, materialmente, produce los mismos efectos que una sentencia condenatoria. En definitiva, a fin de que privar de la libertad a una persona en virtud de la declaración de un testigo anónimo no sea incompatible con el marco constitucional y convencional, se requiere que se adopten medidas determinadas que actúen como contrapeso.
- Una quinta y última conclusión es que el reconocimiento de derechos a las víctimas o de medidas de protección para los testigos no debe suponer de ninguna manera la lesión o la limitación de los derechos y las garantías que le asisten al imputado. Se debe buscar –y este es una aspiración a la que no debemos renunciar– que estas

de 1996; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Visser vs. Países Bajos, párrafo 44, de fecha 14 de febrero del 2002.



premisas sean compatibles, pues solo así será legítima una decisión jurisdiccional –sea un auto de prisión preventiva o una sentencia condenatoria–.

## Referencias

- Abel Lluch, X. (2008). *El interrogatorio de testigos*. Barcelona: Bosch.
- Asencio Mellado, J. M. (s/f). *Informe jurídico procesal*. Recuperado de: <<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/informesjuridicos/Informe-jur%C3%ADdico-sobre-la-prisi%C3%B3n-preventiva-del-profesor-Asencio-Mellado.pdf>>.
- De la Cruz Ochoa, R. (2008). *Crimen organizado: aspectos criminológicos y penales*. España: Universitaria.
- Del Carpio Delgado, J. (2007). Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc (*The Ad-Hoc Anonymous Witnesses in the Case Law of the European Court of Human Rights and in the International Criminal Tribunals*). *Revista Penal* (9), pp. 35-51.
- Gacto Fernández, E. (1997). Consideraciones sobre el secreto del proceso inquisitorial. *Anuario de historia del Derecho español*, (67), pp. 1632-1656.
- Gómez Colomer, J. L. (2000). La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior. En: Montero Aroca, J. (dir). *La prueba. Cuadernos de Derecho Judicial*. (pp. 243-280). Madrid: CGPJ.
- González i Jiménez, A. (2014). *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Barcelona: Bosch.
- Martín Ostos, J. (2013). La prueba en un proceso penal acusatorio. *Justicia. Revista de Derecho Procesal* (2), pp. 25-68.
- Miranda Estrampes, M. (2000). La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* (5), pp. 353-428.
- Miranda Estrampes, M. (s/f.). *La valoración de la prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004*. Recuperado de: <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>>.
- Montanino, F. (1987). Unintended victims of organized crime witness protection. *Criminal Justice Policy Review*, 2(4), pp. 392-408.
- Navarro Villanueva, C. (2009). Protección a testigos y peritos. *Justicia. Revista de Derecho Procesal* (3-4), pp. 89-118.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2018). *Los delatores en el proceso penal*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Salvatori, C. (s/f.). *Testigos de identidad reservada y derecho de defensa en la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH. Comentarios a partir de "Balta y Demir v. Turquía"*. Recuperado de: <<https://enletra.wordpress.com/2015/08/24/testigos-de-identidad-reservada-y-derecho-de-defensa-en-la-jurisprudencia-del-tedh-y-de-la-corte-idh-comentarios-a-partir-de-balta-y-demir-v-turquia/>>.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Inpeccp-Canales.
- Santos Alonso, J. y De Prada Rodríguez, M. (2012). Protección de testigos en procesos de terrorismo. En: Bachmaier Winter, L. (coord.). *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*. (145-196). Madrid: Marcial Pons.

- Talavera Elguera, P. (2018). Fiabilidad y suficiencia probatoria de las declaraciones de los colaboradores eficaces. En: Asencio Mellado, J. M. y Castillo Alva, J. L. (dirs.). *Colaboración eficaz*. Lima: Ideas Solución.
- Talavera Elguera, P. (s/f.). *La protección de testigos en el proceso penal peruano*. Recuperado de: <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/protecciondetestigos.pdf>>.
- Torres Rossel, N. (2001). Sentencias españolas sobre la protección de testigos. Líneas jurisprudenciales. En: Robles Garzón, J. A. (dir.). *La protección de testigos y peritos en causas criminales*. (pp. 185-208). Málaga: Cedma).
- Velayos Martínez, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal: Aproximación a las soluciones angloamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. (s/f.) *Criminalidad organizada, Derecho Penal y sociedad. Apuntes para el análisis*. Recuperado de: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18551/18791>>.