

**LA DEFENSA Y SU DERECHO A CONOCER LA INFORMACION DE LOS
TESTIGOS DEL ADVERSARIO PARA UN DEBIDO EJERCICIO DEL PRINCIPIO
DE CONTRADICCION EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL.**

**THE DEFENSE'S RIGHT TO KNOW THE INFORMATION OF THE OPPOSING
WITNESSES TO EFFECTIVELY CONFRONT THEM IN ADVERSARIAL
LEGAL SYSTEM**



PAOLA DE LA ROSA *¹

1.- Introducción. 2.- Antecedentes y legislación aplicable. 3.- Afectación a un efectivo derecho a la contradicción de la defensa y a un juicio justo. 4.- Intereses concurrentes. 5.- La divulgación de información obtenida a la contraparte y la institución del “*discovery*” o descubrimiento. 6.- Conclusiones. Bibliografía. Fecha de recepción 26/10/2012 fecha de aceptación 25/11/2012.

¹ Maestría en Abogacía con Énfasis en Juicios Orales otorgada por la Universidad de Southwestern en Los Ángeles California. Estudiante del Doctorado Interinstitucional en Derecho, posgrado adscrito al Programa Nacional de Posgrados. Es profesor investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la UASLP. Docente en técnicas de litigación oral en el Tecnológico de Monterrey. Es docente certificada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal por el consejo de coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, SETEC.

RESUMEN

En el presente artículo se expone la práctica del Ministerio Público de reservar la información del testigo cuando el primero considere que el deponente se encuentra en peligro grave como consecuencia de su participación en los procedimientos penales, no considerándose necesario expresar con exactitud el tipo de peligro requerido para ocultar su información y por lo tanto admitiéndose la declaración de un testigo anónimo como una prueba suficiente para justificar una condena. Se hace referencia a la institución del testigo reservado en algunas entidades federativas de México y en el derecho comparado. Con esta práctica, la defensa se ve privada de información que le ayude a conocer no solamente la identidad del testigo sino también datos que le posibilitan determinar si el testigo es digno de crédito, si su percepción de los hechos ha sido errónea o bien si tiene intereses y motivos para favorecer al adversario. La defensa podrá difícilmente demostrar esas situaciones si no tiene los antecedentes del testigo. Esta situación vulnera la publicidad del juicio, el carácter contradictorio de las pruebas, el derecho de conainterrogar en forma efectiva y lo que es más importante, esta falta de precisiones repercutirá en el juez quien no podrá formarse una opinión sobre la credibilidad de las declaraciones que tomará en cuenta al determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.

ABSTRACT

This document describes the district attorney practice of concealing the witness' personal information from the defense when he believes the deponent's participation in the criminal procedure exposes him to a danger. For this practice, it is not necessary to determine the type of threat the witness is subject to and consequently, the deposition of an anonymous deponent may be enough evidence to find a person guilty. This article mentions the application of this institution in Mexico as well as in other countries. According to this exercise, the defense attorney is deprived of information that allows him not only to have knowledge of possible inaccuracies or mistakes of the deponent but also of interests the witness

may have to favor the adversary. Without this information, the defense will hardly demonstrate these situations and therefore, the publicity of trial and the right to effectively cross-examine will be violated. Beyond that, the judge will not be able to have an opinion as to the credibility of the witness when determining if an accused person is innocent or guilty.

PALABRAS CLAVES

Identidad del testigo, sistema adversarial, testigo protegido, audiencia pública, debido proceso.

KEYWORDS

Witness identity, adversarial system, protected witness, hearing, due process.

I. INTRODUCCIÓN.

En los sistemas adversariales la calidad de la información que transmiten las partes al órgano jurisdiccional constituye el soporte de la decisión que éste pronunciará en la audiencia de debate. Esto será posible permitiendo que los adversarios presenten los resultados de su investigación los cuales, a través de sus intervenciones, posibilitarán que el juez depure la información necesaria para determinar la culpabilidad o inocencia de los acusados. En otras palabras, el cimiento del sistema es otorgar a las partes que intervienen en el proceso las herramientas para que ejerciten su derecho a contradecir lo vertido por la parte contraria, permitiendo a los litigantes explorar e investigar a las personas, circunstancias y situaciones alrededor de las cuales se suscitaron los hechos que dieron origen a la controversia. El punto de partida en este respecto es el deber del Ministerio Público de individualizar a los testigos de los que se valdrá en juicio. Este hecho le da al defensor la posibilidad de investigar ampliamente a los testigos adversos ya que el abogado defensor, como investigador que es, no debe abandonarse en la información presentada por el órgano acusador, sino por el contrario, habrá de verificar la veracidad de la misma y descubrir las debilidades

de la versión opuesta. En este sentido, el derecho que tienen los litigantes a ejercer el principio de contradicción a través del concontrainterrogatorio, incluye la posibilidad de que ellos mismos realicen trabajos de investigación fuera del tribunal y fuera de las audiencias, labores éstas encaminadas a hacer indagaciones respecto de los testigos ofrecidos por el adversario. Por otro lado, no permitir que el defensor tenga conocimiento de la información de los testigos que depondrán en el juicio, quebranta en forma evidente el derecho que las personas poseen de ser juzgados con sujeción al debido proceso. Hay que tener en consideración que la validez de los medios de prueba en el sistema acusatorio está sujeto a la observancia del debido proceso, el cual lleva implícito la incorporación de la prueba en forma lícita y bajo condiciones regulares, es decir en donde se respete la regla de la contradicción.

2.- ANTECEDENTES Y LEGISLACION APLICABLE

A pesar de estas consideraciones, las legislaciones de algunos países como el nuestro, contemplan la figura del testigo reservado siendo ésta una institución que tiene lugar cuando el Ministerio Público considera que el conocimiento que de ellos tenga el imputado, los expone a un riesgo. Para que esta práctica sea justa, la representación social debería exponer al órgano jurisdiccional razones suficientes encaminadas a demostrar las razones de temor de los testigos de tal forma que cuando el juez admita la declaración del testigo reservado, éste fundamente las razones para conceder su reserva o anonimato.² La reserva de testigos es una institución protectora de los declarantes en el juicio, sean peritos, testigos e incluye a la misma víctima. Hay que tener en cuenta que, aprovechando esta figura de la reserva de testigos, el Ministerio Público tratará de mantener a sus declarantes reservados en su intento no solamente por proteger a los testigos,

² Aunque en México es suficiente que el Ministerio Público considere que hay situaciones que ponen en peligro o riesgo al testigo sin que tenga que justificarlo así al órgano jurisdiccional y sin estar obligado el juez a fundamentar razones por los que se concedió el acceso del testigo al programa de testigos reservados.

sino en su afán por asegurar que su información se preserve encubierta y no revelar posibles debilidades de sus deponentes. Tanto el representante social como sus testigos querrán que se entregue la menor cantidad posible de información al adversario de tal forma que no le signifique una inseguridad para lograr su pretensión. Establecidos los conceptos que preceden, el problema de la reserva de identidad se relaciona con el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos puesto que ella impide a la defensa, conocer quién es esa persona que irá a declarar al juicio. En tal sentido, esta figura puede llegar a implicar un obstáculo relevante para preparar y desarrollar los cuestionamientos que pongan a prueba la credibilidad del testigo o incluso con la credibilidad y/o el peso del testimonio.

El 22 de septiembre del 2011 el Poder Ejecutivo presentó iniciativa de ley ante la Cámara de Diputados la cual fue aprobada por el Congreso el 19 de abril del 2012 y la cual lleva el nombre de: Ley Federal para la protección a personas que intervienen en el procedimiento penal. Con la ley en comento se crea el Centro Federal de Protección a Personas.³ Entre los objetivos de dicha institución se tenderá a eliminar o reducir los riesgos que pueda sufrir una persona derivados de la acción de represalia eventual con motivo de su colaboración o participación en un procedimiento penal, así como de personas o familiares cercanas a éste. En cuanto interesa al tema de análisis, se hace referencia a una medida de protección que puede solicitar el Ministerio Público para proteger al testigo, se trata de la reserva de la identidad del testigo en las diligencias en que éste intervenga y por medio del cual se prohíbe que en las actas se haga mención de su nombre, apellido, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que lo ponga en evidencia. Además, se permite el uso de métodos que imposibiliten la identificación visual o auditiva de la persona en las diligencias en que intervenga

³ El Centro es un Órgano Desconcentrado y Especializado de la Procuraduría General de la República; con autonomía técnica y operativa en la aplicación de las Medidas de Protección, el cual estará a cargo de un Director, nombrado y removido libremente por el Presidente de la República, a propuesta del Procurador.

así como la utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos que hagan posible la participación de la persona a distancia y en forma remota, pudiendo fijar como su domicilio la del Centro Federal de Protección a Personas.⁴ La nueva legislación establece que todas las personas que sean aceptadas en el programa, sean delincuentes o no, tienen garantizado que su nombre o identidad no sean revelados en los juicios ni actas del proceso, ni tampoco puedan ser identificados por medios visuales o auditivos. Asimismo se establece que su participación en el juicio pueda ser a distancia.

Entre las principales críticas a este nuevo ordenamiento se mencionan que será el Director del Centro quien decidirá sobre la incorporación de una persona al programa del testigo protegido a solicitud del Titular de la Subprocuraduría o unidad administrativa equivalente a la que pertenezca el Ministerio Público que conozca del caso,⁵ siendo estas autoridades las que resuelvan sobre dicha admisión y por lo tanto, constituyendo una franca intromisión en la esfera jurisdiccional puesto que solamente el juez puede establecer la idoneidad o no idoneidad de un testigo. De acuerdo a lo estipulado por la nueva norma, el director del Centro tiene las más amplias facultades y trabaja conjuntamente con el Procurador para determinar si el testigo ingresa o no al programa. Como se puede apreciar, esta situación otorga considerables ventajas a la representación social al participar plenamente en la determinación de si un declarante debe ingresar al programa de protección al testigo y consecuentemente se admita el hecho de que sus particulares puedan ser omitidos de las diligencias en las que intervenga durante el procedimiento. Más aún, la ley no establece mecanismos o procedimientos de acuerdo a los cuales el Director del Centro pueda determinar que la información que está proporcionando un supuesto testigo sea verídica, pudiendo ingresar al programa a una persona que se esté conduciendo con

⁴ Artículo 18 de la Ley Federal para la protección a personas que intervienen en el procedimiento penal.

⁵ Salvo lo dispuesto por la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro en los cuales el juez podrá hacer la solicitud de la incorporación del testigo al programa.

falsedad. Pese a que la ley es omisa en este respecto, dicha autoridad debe ser muy cautelosa y contar con métodos o personas expertas que le ayuden a evaluar la veracidad con la que se conduce esta persona puesto que sería infundado e injustificado sostener una acusación en base a la declaración que hace una persona protegida de la que no se revelan sus datos personales, cuando no se ha determinado en forma certera la veracidad con la que éste se condujo desde un inicio.

La ley en análisis solamente dispone que los parámetros para determinar si un testigo puede ser protegido deben responder al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona. De la lectura de esta nueva ley, se percibe que será el Ministerio Público responsable del procedimiento penal quien determinará la situación de riesgo por la que pasa el testigo que debe ser protegido al establecer en el artículo 21 que si el representante social advierte que una persona se encuentra en situación de riesgo o peligro por su intervención en el procedimiento, podrá dictar provisionalmente las medidas de protección necesarias. No estipula ni enumera, sin embargo, cuáles son estas situaciones de riesgo y deja que sea simplemente la decisión del fiscal la que determine si existe peligro para el testigo. Tampoco se esclarecen las etapas en las cuales permanecerá en secrecía la información del testigo ni se estipulan razones para revocar la reserva en que se ha mantenido a algún testigo. La ley únicamente establece que la permanencia de la persona en el programa estará sujeta a un período determinado o a la evaluación periódica que realice el Centro, el cual determinará si continúan los factores o circunstancias que motivaron el acceso de la persona al programa. Esta sería omisión de la ley no estipula si la secrecía en la que se mantiene al testigo puede sostenerse en las primeras diligencias de investigación en las que colabora con el Ministerio Público o pueda extenderse no solamente a la información que se incluya en el escrito de ofrecimiento de pruebas que presenta este órgano al juez en la etapa intermedia y del cual se corre traslado a la defensa o bien si también puede preservarse hasta la audiencia del juicio oral en la que se llaman a los testigos a declarar en audiencia pública y oral. Tampoco se clarifica si el defensor,

habiendo desconocido incluso en la audiencia del juicio oral información del testigo del adversario, tiene el derecho de acceder a esos datos para presentar un recurso a su favor.

En este mismo respecto, a nivel estatal, algunas entidades federativas que ya han implementado el sistema acusatorio adversarial, se han estado rigiendo por leyes que permiten el sistema de reserva de testigos como es el caso de la Ley Estatal de Protección a Testigos para el Estado de Chihuahua la cual dispone como una medida de protección a los deponentes, el resguardo de la identidad y de otros datos personales que tendrá lugar desde la primera actuación y hasta el final del proceso o hasta que se considere conveniente en los casos de violación, secuestro, víctimas u ofendidos menores de edad y cuando el juzgador lo estime necesario para la protección de la víctima u ofendido.⁶

A estas disposiciones se suma lo establecido por el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua que en su artículo 230 señala en este tema específico:

“El Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al juez que cierta información se mantenga bajo reserva, cuando sea indispensable para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación o amenaza o influencia a los testigos del hecho, a fin de asegurar el éxito de la investigación, o para la protección de personas o bienes jurídicos. Si el juez considera procedente la solicitud, así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa. El órgano judicial competente, deberá revisar cada mes la reserva para determinar si subsisten los motivos que la justifiquen. La reserva podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente indispensable, pero no más allá de la formulación de la acusación, hecha excepción de los casos de intervinientes y testigos en riesgo y sus allegados, en los cuales la

⁶ Artículo 23 publicada en el Periódico Oficial del Estado el. 2011.11.12/No. 91

reserva continuará hasta que éstos rindan testimonio en la Audiencia de Debate de Juicio Oral. En estos casos, el juez proporcionará al imputado el tiempo necesario para preparar el contra examen del testigo. En los supuestos anteriores, el Tribunal decretará las medidas de protección necesarias para salvaguardar la integridad del interviniente o testigo en riesgo y de sus allegados, de acuerdo con la Ley Estatal de Protección a Testigos.”

Conjuntamente con estos señalamientos, este Código adjetivo prevé sesiones privadas para la recepción de testimonios especiales como menores de edad, víctimas de delitos de violación o secuestro.⁷ De igual manera, establece que el Ministerio Público garantizará la adopción de medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de víctimas, ofendidos, testigos y demás sujetos procesales y que dichas medidas durarán el tiempo razonable que se dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.⁸

Recientemente fue promulgada la Ley de protección a testigos y terceros involucrados en el proceso penal para el estado de Yucatán⁹ la cual garantiza la seguridad de los parientes en línea recta y colateral hasta el tercer grado del testigo en riesgo y aquellas personas que se encuentren vinculadas a éste por un lazo afectivo. De acuerdo al artículo 18 es el Juez de Control quien otorga el resguardo de identidad, medida que puede ser impuesta desde la primera actuación y hasta el fin del proceso o hasta que se considere conveniente y está contemplada para casos de violación, secuestro, trata de personas o cuando se trate de testigos menores de edad. Entre los mecanismos para resguardar la identidad del testigo se encuentran preservar la identidad, domicilio, profesión,

⁷ Artículo 341 del CPP de Chihuahua reformado mediante Decreto No. 697-09 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 67 del 22 de agosto de 2009

⁸ Artículo 342 del CPP de Chihuahua reformado mediante Decreto No. 298-2011 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 37 del 07 de mayo de 2011

⁹ Publicada el 4 de enero del 2012.

lugar de trabajo y otros datos durante la investigación o el proceso penal y aún después del mismo. Aunque este ordenamiento señala que las medidas de protección se deben suspender o cancelar cuando el beneficiario haya incurrido en falsedad, no se establece cuáles serán los mecanismos para determinar el grado de certeza con la que ha procedido la persona que proporciona la información.

No se siguen analizando leyes estatales sobre protección a testigos por no haberse todavía promulgado, sin embargo el presente artículo además ha concentrado su estudio en los Códigos Procesales Penales para los Estados de Baja California, Durango, Estado de México, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas, entidades que ya tienen implementado el sistema acusatorio. Aun cuando estos códigos no puntualizan la figura del testigo reservado dentro de su redacción, incluyen reservas que se pueden hacer valer en ciertos casos. De la lectura de los códigos adjetivos se advierte que la figura del testigo reservado en nuestro sistema penal se incluye cuando se habla de las reservas en general y solamente se indica que el Ministerio Público podrá disponer que ciertas actuaciones, registros o documentos sean reservados respecto del imputado y de otras personas cuando considere que es benéfico para la eficacia de la investigación. En algunos de los códigos en comento no se especifica que se podrán reservar los datos de los testigos, sin embargo, esta es una práctica recurrente utilizada por el Ministerio Público para mantener los datos de los testigos reservados; de acuerdo a los mismos ordenamientos, la representación social posee esta amplia facultad de reserva con la que puede contar para una mejor y más adecuada investigación. Tal escenario se acredita con lo que señalan la legislación respectiva la cual es citada a continuación.

El numeral 244 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México estipula en relación con la confidencialidad de las actuaciones de investigación:

“El Ministerio Público podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en confidencialidad respecto

del imputado o de los demás intervinientes, cuando resulte indispensable para la eficacia de la investigación. En tal caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la restricción, y fijar un plazo no superior a veinte días para mantener la confidencialidad. Cuando el Ministerio Público necesite superar este período debe motivar su solicitud ante el juez de control, quien lo podrá ampliar hasta por un periodo igual. La información recabada no podrá ser presentada como prueba en juicio sin que el imputado haya podido ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.”¹⁰

Por su parte el artículo 223 de la ley penal adjetiva de Oaxaca establece en cuanto al secreto de las actuaciones de investigación:

“El Ministerio Público podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva, y fijará un plazo no superior a diez días para la preservación del secreto. Cuando el Ministerio Público necesite superar este período debe fundamentar su solicitud ante el juez competente. La información recabada no podrá ser presentada como prueba en juicio sin que el imputado haya podido ejercer adecuadamente su derecho a la defensa (...) No procederá la reserva de actuaciones, registros o documentos respecto del imputado una vez que se haya dictado auto de vinculación a proceso.”

El Código Procesal Penal del Estado de Durango establece en los párrafos segundo y quinto del artículo 248 que:

¹⁰ Publicado en el periódico del estado el 9 de febrero del 2009 entrando en vigor el 10 de agosto del 2012.

“El Ministerio Público podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos, sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijará un plazo no superior a treinta días para la preservación del secreto. Cuando el Ministerio Público necesite superar este período, debe fundamentar su solicitud ante el juez competente, quien podrá autorizar la reserva hasta por un plazo igual. La información recabada no podrá ser presentada como prueba en juicio sin que sea oportunamente revelada al imputado para que ejerza de manera adecuada su derecho a la defensa.”

”No procederá la reserva de información del resultado de las actuaciones, registros o documentos respecto del imputado, una vez que se haya presentado la acusación en su contra, salvo los casos de excepción previstos en este Código”.¹¹

El Código de Procedimientos Penales de Baja California presenta un avance pues en el segundo párrafo del artículo 339 dispone:

*“Si el testigo teme por su integridad física o la de alguien con quien habite, podrá autorizársele para no indicar públicamente su domicilio y se tomará nota reservada de éste, quedando prohibida su divulgación, pero **la identidad del testigo no podrá ocultársele al acusado ni se le eximirá de comparecer en juicio.**”¹²*

El artículo 253 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Zacatecas estipula que:

“El Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez que cierta información se mantenga bajo reserva, cuando sea indispensable para

¹¹ Vigente a partir del 14 de diciembre de 2009 con su última actualización el 19 de septiembre de 2012.

¹² Última reforma en diciembre de 2011

evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación o amenaza o influencia a los testigos del hecho, a fin de asegurar el éxito de la investigación, o para la protección de personas o bienes jurídicos. Si el Juez considera procedente la solicitud así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa. El Juez de Garantía deberá revisar cada mes la reserva para determinar si subsisten los motivos que la justificaron. La reserva podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente indispensable, pero nunca más allá de la formulación de la acusación.”

En este código se advierte un avance en la materia puesto que se atienden la necesidades de defensa del procesado al no extender la reserva a otra etapa posterior a la acusación y al ser el juez quien determine la solicitud del testigo reservado.

La ley adjetiva penal de Guanajuato establece en su artículo 104 bis.-

*“El juez o el Ministerio Público, en casos graves o necesarios y por el tiempo que consideren razonable, podrán disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de los testigos, peritos y terceros que intervengan en el procedimiento penal. Dichas medidas podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.”*¹³

La ley adjetiva penal del Estado de Nuevo León al respecto del secreto de las actuaciones de la investigación, precisa en su artículo 262 que:

“El Ministerio Público podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en reserva respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso, deberá identificar las actuaciones o registros respectivos, de modo que no se vulnere la reserva. La información recabada no podrá ser presentada como prueba

¹³ Artículo adicionado Periódico Oficial del Estado el 12 de agosto de 2011

*en juicio sin que el imputado haya previamente tenido conocimiento de la misma.*¹⁴

Más adelante establece que no procederá la reserva de información del resultado de las actuaciones, registros o documentos respecto del imputado una vez que se haya presentado la acusación, salvo los casos de excepción previstos en el Código.

Como se puede observar de la lectura de la legislación adjetiva penal, la norma permite al Ministerio Público que en la etapa y el tiempo que él tiene para investigar los hechos y obtener los datos de prueba necesarios para fundamentar su acusación, pueda ocultar cierta información que él considere que debe ser reservada del conocimiento del imputado y cualquier otra parte interesada.

Mencionado secreto estipulado por estos ordenamientos se manifiesta en forma contraria al deber de declarar e incide en el principio de publicidad, puesto que al esconder la identidad de una persona que declara en contra de otra, se veda la posibilidad de conocer a quien realiza la imputación, derecho que tradicionalmente se consagró en diversas fracciones del artículo 20, apartado A, constitucional, incluso anterior a la reforma.¹⁵ Por otra parte, el ocultamiento de información afecta el derecho del imputado de gozar de una defensa adecuada consagrado en la fracción VIII del apartado B del numeral citado después de la reforma del 2008, la cual para ser garantizada implica la posibilidad de ofrecer toda clase de pruebas. Lo que es más, este mismo Pacto Federal en su artículo 20 apartado B

¹⁴ Publicado en el periódico oficial el 5 de julio del 2011 entrando en vigor el 1 de enero del 2012.

¹⁵ El artículo 20 apartado A fracción VI señala como garantías de inculpado que: será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

El mismo numeral en su fracción VII establece que “le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

fracción VI expone que al imputado le serán facilitados *todos los datos* que requiera para su defensa y que consten en el proceso y que a partir de que su primera comparecencia ante juez no se le podrán negar la consulta ni mantener en reservas las actuaciones de la investigación salvo casos que señale la ley¹⁶ cuando sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación,¹⁷ siempre que sean oportunamente revelados para no afectar a la defensa. Aunque el texto establece la regla general y al mismo tiempo la excepción, la Constitución únicamente señala el derecho que tiene el imputado para su defensa y la facultad que le asigna al Ministerio Público para el seguimiento de la investigación dejando que sea la ley penal adjetiva de las entidades federativas las que especifiquen estos casos, la ley reglamentaria sin embargo, no aclara ni puntualiza cuáles serán los casos en que la representación social puede reservarse los datos y en todo caso no establece qué datos sí puede dar a conocer a la defensa. En la legislación adjetiva penal anotada, también se aprecia que en la mayoría de las entidades federativas la ley es omisa y no especifica en qué delitos, en qué circunstancias y bajo qué condiciones la representación social puede hacer estas reservas, pudiéndose por tanto vulnerar el derecho de la defensa de conocer la identidad de los testigos que se ofrecerán en la audiencia intermedia y que se presentarán en la de debate corriendo el riesgo de que el proceso presente un mal funcionamiento y falta de credibilidad y veracidad.

Ante este escenario normativo, se debe de tomar en cuenta que hablar de un sistema acusatorio adversarial supone que la información del Ministerio Público debe ser compartida a la defensa con el objeto de garantizar la publicidad y transparencia de los datos que manejan las partes. Contrario a lo que es ampliamente creído, la investigación no concluye cuando el Ministerio Público

¹⁶ Se advierte y justifica, sin embargo, que tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en sigilo el nombre y datos del acusador e incluso que excepcionalmente se omita la publicidad en las audiencias conforme al numeral 20, apartado B, fracciones III y V del Pacto Federal.

¹⁷ Situación que queda a discreción del Ministerio Público

solicita término para el cierre de la investigación y el funcionario judicial lo estipula, sino que a partir de la audiencia intermedia, en donde las partes han ofrecido a sus testigos, comienza un tiempo de indagación sobre los futuros deponentes a efecto de preparar la línea o estrategia del contrainterrogatorio a cada uno de ellos, por lo que conocer la identidad de los mismos es una herramienta fundamental del ejercicio efectivo al derecho que tiene la defensa para interrogar al testigo adverso. De acuerdo con estos fundamentos, la defensa debe tener la oportunidad de consultar los registros existentes en la carpeta de investigación en atención al principio de igualdad procesal de tal forma que ambos conozcan la información hasta entonces recabada; pero aunado a ello, es en este contexto en que a ambas partes se les corre traslado del escrito de ofrecimiento de pruebas que presente el adversario, documento en el que deberán incluir el nombre y datos de los testigos que serán ofrecidos. El objetivo de dar a conocer esta información es que las partes averigüen quienes son los testigos y puedan preparar los cuestionamientos que les harán en la audiencia del juicio oral. De esta manera, los representantes legales de cada parte del proceso pueden indagar posibles razones que tengan los futuros deponentes para favorecer a una de las partes del juicio en razón de poseer intereses, motivos, estar sujetos a amenazas, o bien debido a la existencia de una relación familiar, afectiva o laboral entre el testigo y alguna de las partes, por solo mencionar algunos ejemplos. Habiendo sentado estas bases, el hecho de no dar a conocer el nombre del testigo durante el procedimiento, vulnera el principio de igualdad procesal. Pues bien, las normas que en nuestro país protegen a los testigos, dejan al arbitrio de la representación social o del Centro Federal de Protección a Personas - tratándose de delitos de orden federal- y de los agentes del Ministerio Público, la decisión sobre si la información de un testigo puede ser revelada o no. Si bien es cierto que la ley establece que el Ministerio Público debe proceder con objetividad y compartir con su adversario los datos resultantes de su investigación, en aras de una efectiva impartición de justicia, también es cierto que cada litigante está en una posición antagónica respecto del otro y cada uno busca obtener el fallo del juez a favor de su representado, por ello, esta situación ciertamente dará paso a transgresiones a

la objetividad con la que debe proceder el fiscal generando serias dudas en su objetivo proceder.

Los testigos son los ojos y oídos de la justicia,¹⁸ sin embargo, es necesaria una debida regulación de la figura de la protección a las personas, contemplándose por ejemplo que para que un testigo pueda acogerse al programa de protección a testigos, el caso en cuestión deba ser sumamente importante, estudiando si la declaración del testigo ha de ser decisiva para el descubrimiento de la verdad del hecho investigado y por lo tanto para que se pueda determinar la culpabilidad o inocencia del acusado y que proceda solo en el evento de que no exista ningún modo alternativo de garantizar la seguridad física del testigo. Deben ser previstas asimismo otras condiciones por ejemplo, se debe de señalar la incorporación de psicólogos dentro de la estructura del programa capaces de obtener el perfil psicológico del testigo y su capacidad de respetar las normas y restricciones impuestas por el mismo así como equipos interdisciplinarios y técnicos evaluadores que determinen el riesgo y grado de seguridad al que deban ser expuestos los testigos y que revisen por períodos cortos la necesidad de las medidas de protección.

El programa de protección a testigos ha sido establecido en otros países como Argentina en donde el artículo 233 bis de la Ley 11.922 que constituye el Código Procesal Penal y la nueva Ley 14257 señalan respecto de la Declaración bajo reserva de identidad:¹⁹

“Toda persona que desee aportar información o datos útiles para el esclarecimiento de un ilícito, podrá requerir al Fiscal declarar bajo

¹⁸ JERMIE BETHAM, *Traite des preuves judiciares* (puble par Et. Dumont) 33; Tomo II; pág. 93, Paris, Bossange 1823, mencionado en *La Crítica del Testimonio*, Francois Gorphe, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2005.

¹⁹ Aprobada por el Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires el treinta días del mes de marzo del año dos mil once.

estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados así lo justifiquen.”

En este caso, y en el supuesto del artículo 286 tercer párrafo, el testigo o denunciante no podrá ser citado compulsivamente al debate. Si el testigo no concurriere voluntariamente al debate oral, la declaración recibida bajo reserva de identidad en la investigación penal preparatoria, no podrá ser utilizada como medio de prueba para fundar la condena del imputado. En ningún caso podrá ser por sí sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal. De acuerdo a la legislación de Buenos Aires, es el órgano jurisdiccional quien determina la imposición, modificación o cesación de las medidas de protección dentro del proceso penal.²⁰ Se previene además la revocación del testigo protegido para que el testigo pueda ser interrogado en el juicio oral o para que su declaración se someta a contradicción, para que las partes puedan interponer tachas contra los testigos protegidos o recusaciones contra los peritos protegidos o bien para que las partes puedan ofrecer nueva prueba tendiente a acreditar alguna circunstancia capaz de influir en el valor probatorio de la información proporcionada por el protegido, luego de conocer su identidad. En Perú, por su parte, es el fiscal o el juez quien apreciará la gravedad del riesgo que corre el testigo para lo cual se establece, se tendrán que tomar en cuenta el tipo y características de la información brindada, los actos de represalia o intimidación realizados o que se espera se produzcan, la vulnerabilidad de las personas y la situación personal y procesal de la persona que aporta la información.²¹ El reglamento peruano dispone además la revocación de la reserva de identidad del testigo la cual tiene por objeto que el protegido pueda ser interrogado en el acto oral o que su declaración se someta a contradicción, que las partes puedan interponer tachas contra los testigos protegidos o recusaciones contra los peritos protegidos, que las partes puedan ofrecer nueva prueba tendiente a acreditar alguna circunstancia

²⁰ Artículo 7 del ordenamiento argentino

²¹ Artículo 5 del Reglamento de Medidas de Protección de Colaboradores, Testigos, Peritos y Víctimas, a que se refiere la Ley N° 27378.

capaz de influir en el valor probatorio de la información proporcionada por el protegido, luego de conocer su identidad. La ley de Chile señala en este respecto que el tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite pudiendo durar estas medidas el tiempo razonable que el tribunal disponga y pudiendo ser renovadas cuantas veces sea necesario. De igual forma esta ley dispone que el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.²² La protección aplica a los terceros involucrados en el procedimiento y a los peritos que deban intervenir en el procedimiento para efectos probatorios pudiendo pedir al Ministerio Público que adopte medidas tendientes a que se les brinde protección.²³ Por su parte, según el artículo 204 de la Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal de Costa Rica tanto el Ministerio Público como la defensa o el querellante podrán solicitar al juez, durante la fase de investigación que se ordene la reserva de sus datos como su nombre, cédula, dirección, trabajo o números telefónicos, siendo que por las características del hecho, éstos no sean conocidos por el imputado ni por las partes y cuando su efectivo conocimiento represente un riesgo para la vida o integridad física del declarante. Será el juez quien autorizará la reserva de éstos datos en resolución debidamente motivada la cual regirá únicamente en la etapa preliminar e intermedia. En el código de procedimientos penales de este último país se dispone que el ocultamiento de la información de los testigos no prevalecerá en la audiencia del juicio oral con el objeto de evitar que el defensor acuda a la audiencia y en el contrainterrogatorio cuestione preguntas cuya respuesta no conoce, arriesgando su teoría del caso. Conocer la identidad de los testigos, con antelación a la audiencia del juicio, permite a los

²² Art 308 del Código de Procedimientos Penales de Chile

²³ Art 322 del Código de Procedimientos Penales de Chile

acusados que su representante conduzca un contrainterrogatorio efectivo. Como se puede observar de la lectura anterior, se trata de ordenamientos con regulaciones más específicas que las hasta ahora existentes en México en donde es el Ministerio Público quien decide la reserva de la identidad de un testigo y no existe la revocación a la reserva de testigos, entre otros vacíos. La legislación mexicana tampoco es explícita respecto de los casos en que por peligro de un testigo o víctima se puede solicitar la reserva de un testigo.

3.- AFECTACION A UN EFECTIVO DERECHO A LA CONTRADICCION DE LA DEFENSA Y A UN JUICIO JUSTO

El derecho que se otorga a la defensa para conocer los medios de prueba antes de la audiencia del juicio oral y para tener acceso a los testigos, lo faculta para elaborar su estrategia y confrontar la información presentada por la contraparte. Se considera que si la información que introduce el Ministerio Público se somete a pruebas de credibilidad por parte de la defensa, aquella parte que logre resistir dicho escenario de duda mediante un contrainterrogatorio, será información en la que el órgano jurisdiccional puede depositar su confianza para adoptar una decisión. Más específicamente, en el sistema acusatorio, es precisamente aquella información que logre superar el contrainterrogatorio, aquella que será fiable ante los ojos del funcionario judicial y que le permitirá tomar una decisión. Siendo más ilustrativo, en un contrainterrogatorio, el litigante puede abordar al testigo con cuestionamientos que destruyan su credibilidad o la de su testimonio como por ejemplo la relación que el testigo tiene con las partes, algún interés en el resultado del juicio, cierta condición física o de salud que haya podido limitar su apreciación de los hechos sobre los cuales va a declarar y en muchas ocasiones la información incluida en la carpeta de investigación no es suficiente para conseguir este efecto. Por lo tanto, se nulifican las posibilidades que tiene la defensa para indagar aspectos que le permitan cuestionar la credibilidad del deponente. Es por ello que surge la necesidad de conocer ciertos datos personales de los testigos ofrecidos por la contraparte. En la medida en que no se le permita a la defensa

tener acceso a la información personal de los testigos adversos, surgirá su imposibilidad material de examinar su capacidad, fidelidad, el posible interés o las motivaciones o móviles del declarante y, consecuentemente, de contradecir esas circunstancias desconocidas del testimonio y por lo tanto, el derecho a la confrontación se verá mermado. Reservar la información de un testigo significa restringir el derecho a llevar a cabo un contrainterrogatorio efectivo, por el contrario, divulgar a la contraparte esa información es darle la posibilidad razonable de contar con los elementos suficientes para planear y elaborar su intervención con el testigo adverso, permitiéndole llevar a cabo un juicio justo. Teniendo en consideración esta situación, nos encontramos frente a un sistema con dos polaridades, por una parte la protección a los testigos y por otra el derecho a la defensa a contar con la información suficiente para preparar su derecho a un contrainterrogatorio. No se objeta el hecho de que se tomen las medidas necesarias para proteger a los testigos y víctimas del delito. México es signatario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional mejor conocida como Convención de Palermo la cual entra en vigor en nuestro país el 29 de septiembre del 2003.²⁴ Con ella, nos comprometemos a proteger a los testigos y víctimas de delitos. Lo que se cuestiona es que no se tenga una debida regulación de la figura del testigo protegido y en razón de esta inadecuada legislación, el representante social pueda tomar ventaja al buscar ocultar información relevante para proporcionar una defensa técnica. La norma debe ser lo suficientemente estricta con la actuación del Ministerio Público permitiendo que sea el juez quien determine si el testigo debe de ser protegido o no, después de haber estudiado los perfiles psicológicos del declarante y la veracidad de su dicho. Tampoco debe de permitirse el ocultamiento de información en todo tipo de delitos sino solo en aquellos en que el supuesto sujeto activo presente una alta peligrosidad para el informante. De igual forma, se deben incluir causas de revocación del testigo reservado y en todo caso la etapa hasta la cual puede levantarse la reserva. En otras palabras, la figura del

²⁴ Fue firmada por México el 13 de diciembre de 2000 y aprobada por el Senado de la República el 22 de octubre de 2002.

testigo protegido ha sido creada para dar confianza al poseedor de información de ciertos delitos y no en aras de facilitar el trabajo del órgano acusador dejando al presunto culpable en estado de indefensión.

El Ministerio Público ha sostenido que la reserva de identidad no constituiría un problema que implique una vulneración del debido proceso para los acusados, toda vez que, a pesar de su concurrencia, igualmente se permitiría a los defensores planear sus conainterrogatorios y cuestionar la credibilidad de los deponentes o de sus testimonios. Conforme a dicha postura, *el derecho a defensa no se ve desconocido en su esencia*. Pese a esta inclinación ideológica, una defensa efectiva debe ser capaz de evidenciar la falta de credibilidad de un testigo y de exponer sus posibles engaños con el objeto de descubrir la verdad en el juicio a través del conainterrogatorio, sin embargo, la confianza que se adquiere en la adversarialidad del sistema se ve atenuada si hay secrecía en la información del testigo y como se ha expuesto, el ejercicio del derecho a defensa se ve debilitado al no permitirle tener acceso a los datos personales de los testigos del adversario ya que en la medida en que se mantenga anónima la identidad de estos deponentes, se está menoscabando la regla de contradicción y obviamente la igualdad entre las partes. Cabe entonces cuestionarnos si el sistema de justicia que se está estableciendo es uno en donde las partes compartan información para una eficiente búsqueda de la verdad o uno en donde las partes oculten datos relevantes de su investigación teniendo como principal objetivo ganar el juicio en perjuicio de una obtención verdadera de la justicia.

Hasta aquí se ha desarrollado la postura según la cual el ocultamiento de información de los testigos del Ministerio Público constituye una grave afectación a la adecuada defensa del acusado, sin embargo no debe dejarse de mencionar que el desconocimiento de los testigos del órgano acusador también tiene incidencia en la calidad de información que reciba el tribunal de juicio oral para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. En el modelo acusatorio se deben tener procesos transparentes y se debe garantizar al funcionario judicial que la información que se le transmita sea fidedigna. Debido a que el tribunal del juicio

oral no tiene como base la información contenida en la carpeta de investigación para emitir su fallo, los representantes legales deben de informar y hacer evidente el contenido de la misma a través de sus alegatos y de los interrogatorios y contrainterrogatorios. Sin embargo, si debido al ocultamiento de la información por uno de los intervinientes, los litigantes no cuentan con la información suficiente para preparar sus cuestionamientos, no se estará en condiciones para transmitir al juzgador un mensaje confiable.

4.- INTERESES CONCURRENTES

Reiterando y como se puede observar, hay un problema que se sitúa en la intersección entre dos factores en tensión siendo uno de éstos la protección a testigos que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de su participación en los procedimientos penales y, por otro lado, el debido cumplimiento a los principios de los sistemas acusatorios adversariales, entre ellos la contradicción y la igualdad procesal. Respecto al primero es necesario señalar que la revelación de los datos de los testigos, antes de la audiencia, resulta indispensable para obtener un interrogatorio eficaz. De acuerdo a este análisis, negar el acceso material a esta información afecta indefectiblemente el derecho a la contradicción al impedir al defensor elaborar una estrategia para utilizar durante el contrainterrogatorio a dicho testigo protegido. Asimismo, el ocultamiento de personas que poseen información que incrimina al acusado, coloca a éste en una situación de indefensión violándose la esencia del debido proceso. Es pertinente entonces cuestionarse si los señalamientos que hagan los testigos protegidos pueden sostenerse y ser suficientes en el juicio ya que de serlo así, se estaría violentando la paridad procesal a que se ha hecho referencia. En un sistema de impartición de justicia no debe concederse ninguna validez probatoria a los dichos de un testigo de quien no se ha analizado la veracidad de sus manifestaciones y cuya identidad se mantiene en reserva o secreto para el imputado y su defensor puesto que esta situación claramente viola los postulados de igualdad que deben ser pilares del nuevo modelo de justicia penal. Permitir la existencia de testigos secretos rompe el equilibrio de las partes en el proceso siendo además violatorio

de las garantías de defensa en juicio así como del debido proceso penal. Es oportuno en esta parte centrar nuestro análisis en dos intereses que concurren en el derecho penal: por una parte la protección de los testigos del Ministerio Público y por otra la necesidad de información por parte del abogado del imputado para proporcionar una defensa técnica y no dejarlo en un peligro de indefensión. Si bien es cierto, los dos intereses son importantes para el sistema de impartición de justicia penal es propicio reflexionar: ¿Cuál es el que pesa más?, ¿Se puede lograr un equilibrio entre estas dos necesidades que se extienden cada uno en dirección contrapuesta? El estudio que se ha hecho de la ley hasta ahora existente en el país inclina la balanza a la protección de los testigos del Ministerio Público cuando se trata de transgresiones a la ley cometidas por la delincuencia organizada o de delitos graves, violación, secuestro, víctimas u ofendidos menores de edad, entre otros, puesto que es la representación social quien puede determinar si el testigo debe ser protegido y su información reservada sin contemplar un debate que permita al funcionario judicial ponderar los intereses en juego para tomar la decisión. Parece ser que el legislador busca dar una mayor protección a los testigos, restringiendo por otro lado el ejercicio del derecho de confrontación para que la defensa evalúe la credibilidad en el testigo del adversario. Por ende, es necesario un sistema de justicia que incentive una auténtica adversarialidad de las partes, que permita que ambos litigantes exploren e investiguen todos los hechos y datos disponibles, que estimule la desconfianza del planteamiento del adversario y que impulse un enfrentamiento justo en aras de coadyuvar con el órgano jurisdiccional en su fallo.

5.- LA DIVULGACION DE INFORMACION OBTENIDA A LA CONTRAPARTE Y LA INSTITUCION DEL “DISCOVERY” O DESCUBRIMIENTO.

Valga mencionar en este punto que una de las partes primordiales de la preparación para el juicio es reunir información del suceso materia del litigio. Sin embargo, estos datos muchas veces están en manos del adversario, siendo esta la razón por la que se ha estipulado como institución del sistema acusatorio, la

obligación de las partes de compartir los antecedentes que han recabado y que pueden ser relevantes para la tramitación del juicio. Aunque esta institución alcanza su desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica, no tiene sus antecedentes en el *common law*, su origen se ha encontrado en el Derecho romano-canónico a través de la *interrogatio in iure*²⁵ y la *actio ad exhibendum*²⁶. En Roma, el litigio se inicia con la *editio actionis*, que consiste en informar extraoficialmente al adversario sobre la pretensión y la exhibición de los documentos con que probará sus alegaciones *apud iudicem*.²⁷ De ahí que en la Unión Americana se haya acogido el término “exhibit” para exhibir o mostrar cierta información públicamente en el tribunal. En este país fue la promulgación de la norma 16 de las Reglas Federales del Procedimiento Penal de 1946 que junto con otros desarrollos por parte de las entidades federativas, permiten que las partes tengan conocimiento de las fortalezas y debilidades del caso previamente a la celebración de las audiencias. Con este propósito, es derecho de las partes obtener los nombres y declaraciones anteriores de los testigos que la otra parte pretende llamar a juicio. Este mecanismo se conoce como “discovery” siendo un dispositivo de compulsión mediante el cual las partes pueden exigir una de otra, la entrega de pruebas o declaraciones mediante las que se pretende, entre otras, eliminar sorpresas en el juicio. Ha sido también definido como “*el procedimiento previo al juicio en el que las partes de un procedimiento penal intercambian*

²⁵ Entendiéndose por tal la acción mediante la cual el demandante puede interrogar al demandado acerca de alguna circunstancia que podría modificar la petición de su acción. En Roma, el demandante podía, en ocasiones, asegurarse de que el demandado era la persona a quien debía demandar, para tal efecto lo interroga frente al pretor *interrogatio in iure* sobre determinadas cuestiones. Padilla Sahagún Gumesindo. *Derecho Romano*, editorial Mc. Graw Hill. 4ª. Edición, 2008, p. 60.

²⁶ Acción exhibitoria utilizada entre otros propósitos para solicitar la presentación de una cosa mueble. Por el ejercicio de estos remedios pretorios, el propietario demandante podía obtener una condena que debía ser valorada por su juramento y el embargo de sus bienes, en el caso de que el demandado no quisiera defenderse.

²⁷ VENTURE SILVA, SABINO. *Derecho Romano*, editorial Porrúa, vigésima tercera edición, México 2008. P. 224.

*información y examinan, inspeccionan y copian la evidencia que tiene en posesión su adversario.*²⁸ Esta es una obligación que estipulan las enmiendas Quinta y Decimo-cuarta del Pacto Federal Estadounidense las cuales requieren que el fiscal divulgue ciertos tipos de evidencia a la defensa, siendo además amparada por la legislación, las reglas de los tribunales y las decisiones judiciales.²⁹ La Constitución, sin embargo, no impone esta misma obligación para la defensa. La institución en comento se lleva a cabo tanto en jurisdicción civil como penal y su propósito es facilitar el contrainterrogatorio. Lo que las partes aprenden durante este “descubrimiento” determina ampliamente la evidencia que tendrán a su disposición en el procedimiento. Al demandado, inclusive le permite estimar las oportunidades que tiene de ganar el juicio o si representa una mejor alternativa llevar a cabo una negociación. Las reglas relativas a la revelación de información para el juicio difieren de un estado a otro, sin embargo, en su generalidad, el fiscal tiene la obligación de revelar la evidencia que incrimina a un acusado solamente cuando el abogado defensor le requiere esta información.³⁰ La práctica común de las reglas del descubrimiento requiere que ambas partes compartan con anterioridad información entre la que se incluyen las listas de nombres de testigos y evidencia física que puede ser introducida al juicio. Los fiscales tienen que entregar cualquier declaración hecha por el acusado y que pretenda ingresar al juicio así como indicar los registros de antecedentes penales tanto del acusado como de los testigos. Los acusados tienen el derecho de recibir el mismo tipo de material cuando lo conoce el fiscal. También se acostumbra que los acusados mencionen al fiscal su intención de utilizar cierto tipo de estrategia como la inimputabilidad. De acuerdo a las reglas de este país, los participantes pueden

²⁸ CAMMACK M. & GARLAND NORMAN. *Advanced Criminal Procedure*. Thomson West.2001.p. 123

²⁹ Hasta mitad del siglo veintiuno no había reglas que especificaran las reglas del descubrimiento en casos penales siendo que el único camino por el que el fiscal podía obtener información acerca del caso que tenía su adversario era a través de sus propias investigaciones y audiencias previas como la audiencia preliminar.

³⁰ MILLER MARC, *Criminal Procedures*, Aspen Publishers. Wolters Kluwer Law & Business 2007 p. 282

obtener la información respecto a cualquier tema que no constituya información privilegiada y que sea relevante para el proceso. Esta información incluye la descripción, naturaleza, condición y ubicación de libros, documentos y otros objetos, así como la identidad y ubicación de personas que posean conocimiento de material relevante. Una parte puede no tener acceso a materiales que se hayan preparado con anticipación al litigio, a menos que la otra parte demuestre una necesidad substancial del material y cuando demuestre que no puede obtener esa información por otros medios. En materia penal, la fiscalía únicamente queda obligada a entregar la información existente en su carpeta de investigación, sin estar obligado a reunir o compilar documentación para la defensa. El tipo de información que está sujeta al principio de “discovery” está conformada por las declaraciones del acusado, antecedentes penales previos del acusado, documentos y objetos tangibles como fotografías, documentos y sus copias que estén en posesión del fiscal y materiales que estén bajo control del fiscal y que tiendan a ser utilizados por este órgano como evidencia principal en el juicio o bien que hayan sido obtenidos del acusado o que pertenezcan a él. También están sujetos a esta regla los registros de exámenes mentales.³¹ Es común, en la práctica estadounidense, que el fiscal revele si conoce que los testigos han presentado información falsa. En algunos estados se contempla que se comparta el registro de la opinión de los peritos y su información curricular. En Texas no se ha regulado sobre la revelación de la declaración de testigos. En materia federal, el fiscal no se encuentra obligado a dar a conocer a la defensa la identidad de los testigos que llevará a juicio siendo únicamente imperativo la entrega del material acerca de los hechos que pudieran ser benéficos al imputado. Según las leyes penales federales, el defensor puede obtener declaraciones del acusado, ya sean escritas o grabadas y que hayan sido obtenidas a consecuencia de cuestionamientos realizados por funcionarios de gobierno.

La institución del “discovery” no solo cumple una función respecto del debido proceso sino que también posee una función respecto del control de la calidad de

³¹ Regla de Procedimiento Penal de California.

la información que cada parte presentará en el juicio para que el órgano decisor resuelva el conflicto teniendo información de buena calidad. Más específicamente, el también denominado “*descubrimiento*” no sólo se justifica en interés del imputado en cuanto sujeto de derechos, sino también por las necesidades del sistema en su conjunto de confiar en que la información en torno a la cual se decidirá la responsabilidad penal de las personas es de buena calidad. Es por ello que las reglas obligan al gobierno, a través de la fiscalía, a proveer a la defensa materiales como registros criminales de testigos o a revelar la existencia de algún acuerdo entre los testigos y los fiscales. Además se pretende que al reducir los elementos sorpresivos durante el juicio, la revelación de información antes del mismo haga el procedimiento más racional y evite demoras y pérdida de tiempo puesto que de esta manera se fomentan los acuerdos y se evita en muchos casos el desahogo del juicio, con la consiguiente reducción de la carga de trabajo de los tribunales y los costes de las partes.

Atendiendo a que el derecho estadounidense se forma de los precedentes judiciales y que es la interpretación que el órgano jurisdiccional hace de la norma creada por el Congreso la que constituye la principal fuente creadora del derecho, se hace referencia en este contexto al caso *Brady vs. Maryland* en 1963, en éste, la defensa había requerido al fiscal que le otorgara las declaraciones hechas por el coacusado. El fiscal le entregó parte de las declaraciones pero no le dio a conocer una declaración en el que el coacusado había admitido que él, y no Brady, era el homicida. La Suprema Corte admitió que esta información pudo haber afectado la sentencia. La Suprema Corte consideró que la falta en que incurrió el fiscal ante la petición de la defensa, había violado los derechos constitucionales de Brady y concluyó que la supresión por parte del fiscal, de evidencia favorable, que solicitó la defensa había violado el debido proceso donde la evidencia es relevante para determinar la culpabilidad.³² Este caso establece que la obligación de divulgar información por parte del fiscal está sujeta a dos condiciones siendo la primera que la fiscalía de a conocer la evidencia exculpatória solamente cuando la defensa

³² Cammack Mark, Op. cit, p.125.

lo haya solicitado y que dicha divulgación sea sobre material que determina la culpabilidad del acusado.³³ En 1976 la Corte suprimió el requisito de que la defensa solicite la información al fiscal.

Otro caso que sentó precedente en la Unión Americana fue *Smith vs. Illinois* de 1968, en el cual tras haber recibido una sentencia condenatoria por delitos de narcotráfico, la defensa argumentó una violación al principio de contradicción puesto que si bien durante el conainterrogatorio el testigo de cargo admitió que había proporcionado un nombre falso, no se le concedió a la defensa el derecho a que le contestara respecto a su verdadero nombre. La Suprema Corte Federal de Estados Unidos revocó entonces la sentencia impuesta puesto que si bien estableció que no se le negó a la defensa su derecho a conainterrogar, no se le permitió al abogado defensor preguntarle sobre datos que revelaran la verdadera identidad del testigo como su nombre o domicilio y por lo tanto al no permitirse realizar esta investigación, se afectaba el derecho al conainterrogatorio. Con esta resolución se deja en claro que el acceso a datos personales de los testigos por parte de la defensa es un derecho protegido y en la medida que no se permita a la defensa obtener estos datos, su derecho de contradicción se verá menoscabado.

Aunado a ello, la Sexta Enmienda constitucional de los Estados Unidos establece la cláusula de confrontación de acuerdo a la cual “en todas las causas penales, el acusado debe gozar el derecho de oponerse al testigo que está contra él”. El efecto principal de esta norma es que no se admitirán las declaraciones de testigos si el acusado no tuvo la oportunidad previa de conainterrogar al declarante. En el caso *Crawford vs. Washington* del 2004, la esposa del acusado rindió una declaración a la policía cuando los agentes la interrogaron, la declaración debilitaba el argumento de defensa propia del acusado, sin embargo

³³ Los antecedentes de la doctrina Brady se encuentran en el caso *Mooney vs. Holohan* de 1935 en donde la Corte sostuvo que el debido proceso requiere que el fiscal informe al tribunal y a la defensa si éste conoce que uno de sus testigos está presentando un testimonio falso. Si el fiscal no revela esta información y resultado de ello se obtiene una condena ésta debe ser anulada si hay una probabilidad razonable de que la falsedad del testimonio afectó el veredicto del jurado.

la testigo no ocurrió al juicio y no fue contrainterrogada por la defensa. El Tribunal Supremo Federal, revocando al Tribunal Supremo Estatal, no admitió dicha declaración por ser violatoria de la cláusula de confrontación concluyendo que debido a que no hubo una oportunidad previa de realizar un contrainterrogatorio, la enmienda prohibía su admisibilidad.

Estos casos dejan en claro dos situaciones siendo éstas la importancia de realizar un contrainterrogatorio para admitir la declaración de un testigo y la condición indispensable de que este contraexamen no esté afectado por no habersele permitido a la defensa la realización de preguntas en razón de no conocer datos de testigos que se le han ocultado al defensor. En este sistema las oportunidades de la defensa para realizar interrogatorios y contrainterrogatorios no deben restringir las facultades de contradicción de los imputados lo cual tendría por consecuencia un efecto negativo en su presentación.

Ahora bien, el vecino país del norte no es ajeno a la figura de la protección de testigos la cual tiene su origen, a nivel federal, en la década de mil novecientos setenta y nace como consecuencia de la Ley de Control al Crimen Organizado. El Programa de Seguridad de Testigos (WITSEC) es administrado por el Departamento de Justicia y ejecutado por el Servicio de Marshalls. Fue creado para dismantelar a las organizaciones delictivas de tipo mafioso puesto que en esta época prevalecían las amenazas de muerte para quien los delatara y cooperara con la policía y su propósito es velar la seguridad de los testigos que hubiesen accedido a testificar sinceramente en los casos que guardasen relación con la delincuencia organizada y otras formas de delitos graves.

El Programa de Seguridad de Testigos de Estados Unidos está llamado a garantizar la seguridad física de los testigos que se hallen en situación de riesgo, cambiando su lugar de residencia y utilizando un nombre distinto y una nueva identidad. Como se anotó previamente, comenzó ingresando a informantes de mafias pero más tarde se extiende a testigos que colaboran en casos de cárteles

de la droga, de la delincuencia organizada, pandillas y otros relacionados con crímenes de guerra.

El programa es utilizado para proteger testigos o personas que participan en el sistema de justicia y que han sido amenazados a razón de ello. La persona puede ingresar a este programa antes, durante y después del juicio asegurando sus testimonios e intervenciones previas a las audiencias. Para que un testigo ingrese a este programa, el caso para el que proporciona información debe ser de gran importancia, sus manifestaciones deben de ser cruciales y no debe de existir otra alternativa para asegurar físicamente al testigo. También es necesario realizar el perfil psicológico del testigo quien debe ceñirse estrictamente a las restricciones del programa. Al lado de este programa federal, el gobierno también coopera económicamente para habilitar esta institución en algunos estados.

Si bien es cierto que la Unión Americana protege a los testigos que colaboran con la justicia, hay que considerar que derivado de la carta de derechos del país³⁴ y de los criterios establecidos por los tribunales al interpretar la norma en cada caso concreto, sí existe una estricta práctica sobre la obligación del fiscal de compartir la información de sus diligencias de investigación con la defensa, es decir, existe un mayor equilibrio entre el interés del sistema por proteger a los testigos y aquel consistente en permitir que el representante del acusado lleve a cabo una apropiada defensa ejercitando efectivamente su derecho de confrontación a través del contrainterrogatorio.

³⁴Enmienda VI del Bill of Rights que entró en vigor el 15 de diciembre de 1791.

6.- CONCLUSIONES:

La lógica de un sistema adversarial implica que el defensor tiene amplias facultades de actuación para proporcionar una defensa técnica y adecuada y en la medida que el Ministerio Público no se lo permita, sea para proteger testigos o utilizando esta situación como justificación para obstaculizar el trabajo de la defensa, se estarán vulnerando, en favor del órgano acusador, la contradictoriedad del procedimiento y el debido proceso del imputado o acusado, dando por consecuencia un procedimiento que no goza de igualdad procesal y dejando en tela de duda el comportamiento leal y honesto de los representantes legales. Al mismo tiempo dicha actuación revelará conductas cuestionables en el proceso. Además y como quedó esclarecido al inicio de estas páginas, la calidad de la información que se transmita al órgano jurisdiccional no será completa ni óptima para tomar una decisión justa y si el juez recibe una información de mala calidad de parte de los representantes legales, afectará de modo significativo la posibilidad de incurrir en un error judicial.

Establecidos los conceptos que preceden, también es propio mencionar que el conocimiento de la información de los deponentes permite descubrir a testigos falsos. El Ministerio Público no puede basar su acusación únicamente en testigos cuya información permanece oculta para el acusado, los funcionarios judiciales deben de ser muy cautos en solicitar información adicional que respalde esa acusación ya que no sería justo condenar a una persona únicamente en base a declaraciones anónimas las cuales no pudiera controvertir la defensa al no conocer su fuente.

Consecuentemente, es preciso después de este análisis, ponderar y equilibrar los dos intereses que prevalecen en tensión. Por un lado, el interés de que las personas que tienen información relevante para determinar la culpabilidad o inocencia de un acusado sean protegidas, sin embargo en estos casos, se debe

haber previamente comprobado la veracidad de sus declaraciones así como haber obtenido su perfil psicológico y determinado el nivel de riesgo existente, asimismo será necesario tener una debida regulación de la figura del testigo protegido en la que se especifique el tipo de delitos en los cuales aplica la reserva limitándose a casos de delincuencia organizada, narcotráfico, violaciones y aquellos delitos que por la alta peligrosidad del sujeto activo, los informantes pudieran sufrir intimidaciones o daños por haber cooperado en el procedimiento. Es indispensable determinar, en la ley aplicable, la etapa hasta la cual se podrá levantar la reserva del testigo; permitiendo que sea el juez quien determine la idoneidad del deponente y su incorporación como testigo reservado. Esto es así debido a que en el otro lado de la balanza, se encuentra un sistema de impartición de justicia, en el que se tendrá que respetar, a mi juicio con mayor esmero, la práctica de una adecuada defensa para los presuntos culpables quienes en muchos casos son víctimas de pruebas fabricadas en su contra de las cuales no se tiene el conocimiento previo indispensable para confrontar una acusación. Es por ello que el sistema debe garantizar el ejercicio del derecho de confrontación a través de un efectivo conainterrogatorio, las cuales deben ser condiciones inexcusables para que, a la postre, el órgano jurisdiccional escuche versiones completas de ambas partes y se encuentre en un escenario que le permita pronunciar sentencias justas.

BIBLIOGRAFIA:

BETHAM, JERMIE. *Traite des preuves judiciares* (puble par Et. Dumont) 33; Tomo II; pág. 93, Paris, Bossange 1823, mencionado en La Crítica del Testimonio, Francois Gorphe, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2005.

CAMMACK MARK & GARLAND NORMAN, *Advanced Criminal Procedure*, Thomson West, Second edition. 2001.

MILLER MARC, *Criminal Procedures. Prosecution and adjudication*. Aspen Publishers. Third edition. 2007

PADILLA SAHAGÚN GUMESINDO. *Derecho Romano*, editorial Mc. Graw Hill. 4ª. Edición, 2008, p. 60.

SILVA AVILÉ ENRIQUE, *Derecho a la confrontacion luego de Crawford y Davis* Revista Jurídica de LexJuris de Puerto Rico. Volumen 10 Febrero 2007 Núm. 1

VÉLEZ JULIO C., *Denuncia con reserva de identidad y testigo de identidad reservada*, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Caratapacio, 2004

VENTURE SILVA, SABINO. *Derecho Romano*, editorial Porrúa, vigésima tercera edición, México 2008. P. 224.

LEYES

Código de Procedimientos Penales de Baja California con última reforma en diciembre de 2011

Código de Procedimientos Penales de Durango con su última actualización el 19 de septiembre de 2012.

Código de Procedimientos Penales de Estado México en vigor el 10 de agosto del 2012.

Código de Procedimientos Penales de Guanajuato publicado en el Periódico Oficial del Estado el 12 de agosto de 2011

Código de Procedimientos Penales de Zacatecas entrado en vigor el 1 de enero del 2011.

Código de Procesal Penal Nuevo León en vigencia a partir del 1 de enero del 2012.

Ley Estatal de Protección a Testigos para el Estado de Chihuahua del 12 de noviembre del 2011

Ley federal para la protección de personas que intervienen en el juicio penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de junio de 2012.

Ley de protección a testigos y terceros involucrados en el proceso penal para el estado de Yucatán 4 de enero del 2012

Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal de Costa Rica 4 de marzo 2009.

Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales de Venezuela del 04 de octubre de 2006.

Ley 11.922 de Argentina el 30 de marzo del 2011.

Reglamento de Medidas de Protección de Colaboradores, Testigos, Peritos y Víctimas de Perú.

Enmienda VI Carta de Derechos (*Bill of Rights*) que entró en vigor el 15 de diciembre de 1791.

Reglas Federales del Procedimiento Penal de 1946

CONVENCIONES

Convención de Palermo la cual entra en vigor en nuestro país el 29 de septiembre del 2003