



VOLUMEN 9 (2025)
Noviembre 2024 - Noviembre 2025

ISSN: 2411-1465
e-ISSN: 2789-3960

El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal

The witness with opportunity and reserved identity criteria and compensatory measures to safeguard the right of defense in criminal proceedings

Ricardo Alberto Miranda Miranda
(Universidad de El Salvador, El Salvador)
ID <https://orcid.org/0009-0000-8810-9374>
Correspondencia: alberto.miranda@ues.edu.sv



Recibido: 15-05-2025
Aceptado: 15-07-2025

EL TESTIGO CON CRITERIO DE OPORTUNIDAD E IDENTIDAD RESERVADA Y LAS MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA SALVAGUARDAR EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Ricardo Alberto Miranda Miranda

RESUMEN

El criterio de oportunidad constituye una excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal de los delitos de acción pública. En la legislación procesal penal se regulan diferentes supuestos en los que procede dicho criterio, algunos teniendo como fundamento la falta de necesidad de la sanción penal desde una perspectiva preventivo general y especial (lo que ocurre, por ejemplo, cuando el autor o participe ha recibido una pena natural como consecuencia del delito); otros supuestos, en cambio, tienen como fundamento razones estrictamente utilitarias, como la finalidad de esclarecer eficazmente el hecho delictivo y enjuiciar a los responsables del mismo. Es precisamente con esta finalidad que el legislador salvadoreño ha regulado la figura del testigo con criterio de oportunidad, también denominado "coimputado delator", "testigo de la corona", "arrepentido", "colaborador eficaz", "testigo criteriado", entre una diversidad terminológica que, alternativamente, se utiliza para designar al coimputado que decide colaborar eficazmente en la investigación delatando al resto de autores y partícipes que intervinieron en el delito. En este artículo, se analiza en qué medida la admisión y valoración de la declaración del delator, a quien en no pocos casos se le reservará la identidad, incide negativamente en el derecho de defensa, identificando, por lo demás, las medidas compensatorias imprescindibles para salvaguardar el referido derecho en el proceso penal.

PALABRAS CLAVES: criterio de oportunidad - derecho de defensa - identidad reservada - medidas compensatorias - proceso penal

THE WITNESS WITH OPPORTUNITY AND RESERVED IDENTITY CRITERIA AND COMPENSATORY MEASURES TO SAFEGUARD THE RIGHT OF DEFENSE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Ricardo Alberto Miranda Miranda

ABSTRACT

The criterion of opportunity constitutes an exception to the principle of the obligatory prosecution of public action crimes. In criminal procedural legislation, different scenarios are regulated in which this criterion applies, some based on the lack of necessity for a criminal sanction from a general and special preventive perspective (which occurs, for example, when the author or participant has received a natural penalty as a consequence of the crime); other scenarios, on the other hand, are based on strictly utilitarian reasons, such as the aim of effectively clarifying the criminal act and prosecuting those responsible for it. It is precisely with this purpose that the Salvadoran legislator has regulated the figure of the witness with the criterion of opportunity, also known as "informant co-defendant," "crown witness," "repentant," "effective collaborator," "criteria witness," among a variety of terminologies that are alternatively used to designate the co-defendant who decides to effectively collaborate in the investigation by denouncing the other authors and participants involved in the crime. In this article, we analyze to what extent the admission and evaluation of the informant's statement, whose identity will often be kept confidential, negatively impact the right to defense, identifying, moreover, the essential compensatory measures to safeguard the aforementioned right in the criminal process.

KEYWORDS: opportunity criterion - right of defense - reserved identity - compensatory measures - criminal process

El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa en el proceso penal

*Ricardo Alberto Miranda Miranda¹
El Salvador*

Introducción

La institución jurídica del criterio de oportunidad, parte de la premisa de que el sistema de administración de justicia penal, realmente no se encuentra en condiciones de investigar y sancionar absolutamente todos los delitos que tienen lugar en la sociedad y que, por consiguiente, es necesario seleccionar ciertos tipos de delincuencia que, por su carácter de bagatela, por no generar mayor alarma social o por no requerir la imposición de una pena —entre otros criterios de utilidad—, puedan quedar exceptuados de la persecución penal. Precisamente, por razones utilitarias con el fin de hacer más eficiente la administración de justicia, el legislador ha regulado la figura del criterio de

¹ Abogado y Notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador graduado con Cum honorífico. Maestro en Derecho Penal Económico por la Universidad de El Salvador graduado con Cum honorífico. Máster Iberoamericano en Compliance por la Universidad de Salamanca graduado sobresaliente. Egresado del Programa de Doctorado en Ciencias Penales por la Universidad San Carlos de Guatemala. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Miembro de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales.



oportunidad por colaboración eficaz en la investigación, prescindiendo de la persecución penal de aquel delincuente que decide delatar y testificar en contra del resto de intervenientes en el delito.

En este artículo se analiza la figura del testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada y la incidencia negativa que este tiene respecto del derecho de defensa. En ese orden, en un primer momento, se desarrolla la idea de que la utilización de este tipo de testigos en el proceso penal debe ser excepcional y únicamente debe operar en casos extraordinarios, en los que, por tratarse de una criminalidad especialmente compleja de investigar, se vuelve imprescindible recurrir al propio delincuente para evitar que se continúen perpetrando delitos, o para esclarecer y enjuiciar al resto de delincuentes que han participado en los ya cometidos.

Seguidamente, en el artículo se exponen las diferentes denominaciones que recibe el testigo con criterio de oportunidad en la doctrina y la jurisprudencia, así como su naturaleza jurídica, esto último es fundamental para efectos de la valoración de la información que aquel proporciona en el juicio. Para finalizar, se analiza de qué manera la medida de protección de la reserva de identidad del testigo criteriado incide de manera negativa en el derecho de defensa -limitándolo y, en algunos casos, anulándolo-, identificándose, por lo demás, algunas medidas compensatorias que son necesarias para salvaguardar el núcleo esencial del referido derecho en el proceso penal.

I. Dos casos para contextualizar e iniciar la reflexión

Pínsese en un alto funcionario del Órgano Ejecutivo que, en términos jerárquicos, únicamente tiene como superior al presidente de la república, a quien apoya en la gestión gubernamental y que, además, por mandato de ley e instrucciones del propio presidente, es el encargado de administrar, de manera más o menos discrecional, determinada cantidad de caudales o fondos públicos.

Dicho funcionario, en el contexto de la administración de esos fondos, realiza erogaciones y pagos injustificados, malversa y se apropiá de una significativa cantidad de caudales públicos, todo ello con la ayuda de sus subordinados que se limitan a acatar sus órdenes.

También, piénsese en un líder de una organización criminal que ordena a sus subordinados la ejecución de una serie de delitos como homicidios, extorsiones, privaciones de libertad, entre otros. Es más, dicho líder criminal interviene como principal protagonista del suceso criminal, ejecutando personalmente las acciones de privación de libertad y ocasionando la muerte de las víctimas, siempre con la ayuda de sus subordinados.

Ahora, en el supuesto, que el funcionario y el líder criminal llegan a un acuerdo de colaboración eficaz con el Ministerio Público, el cual consiste en delatar y testificar contra sus subordinados a cambio de lograr la impunidad, esto es, a cambio de que se prescinda de la persecución penal de sus respectivos comportamientos delictivos. ¿Acaso no resulta contrario a la justicia, dejar en la impunidad al delincuente principal y únicamente sancionar a sus subordinados?, ¿se restablece el orden jurídico (se confirma la vigencia de la norma) con la sola sanción de aquellos sujetos que tuvieron una participación secundaria o subordinada?, ¿cómo queda la expectativa de los ciudadanos -destinatarios de las normas- si se deja en la impunidad al principal infractor?

Al ciudadano común le puede parecer cuando menos injusto que el delincuente principal no reciba sanción alguna. Al profesional del Derecho, le puede preocupar la transgresión del principio de superioridad ética del Estado, pues parece que el ordenamiento jurídico adopta la máxima de que el fin justifica los medios, cuando se recurre al delincuente delator para lograr a toda costa el castigo del resto de infractores. Sin embargo, durante las últimas décadas, en no pocos casos, este ha sido el tratamiento que se le ha dado a la figura del testigo con criterio de oportunidad por la colaboración eficaz en la investigación. Los casos del alto funcionario y el líder de la organización criminal que se

han expuesto, ilustran escandalosos ejemplos de impunidad concedida a los autores principales de los delitos, a cambio de testificar contra sus subordinados -algunos con una participación aislada o mínima en el entramado criminal-.²

La reforma introducida a la Ley Contra el Crimen Organizado, mediante Decreto Legislativo 547, de fecha 26 de octubre de 2022, en cierta medida busca limitar esta práctica que deja al codelinciente delator en total impunidad. Así, en el inciso 2º del artículo 19-B de la referida ley especial, se establece que, en caso de otorgarse el criterio de oportunidad por colaboración eficaz en la investigación, la pena solicitada por el codelinciente no podrá ser menor de la mitad del mínimo de la pena de prisión, que correspondería para el delito acusado, salvo autorización expresa del titular del ente persecutor del delito. Sin embargo, la redacción poco afortunada del precepto legal en su integridad, no despeja las dudas sobre si, en algún caso, el beneficio podría consistir en la absoluta impunidad.

II. El criterio de oportunidad como excepción al principio de obligatoriedad de la persecución penal

El Código Procesal Penal establece como regla general la obligatoriedad de la persecución penal;³ ello implica que, Fiscalía General de la República, como entidad encargada de dirigir la investigación de los hechos delictivos,

2 Véase: a) Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, *Proceso penal con referencia 175-1-2022* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2024). En dicho proceso se otorgó criterio de oportunidad al secretario privado de la presidencia de la República, prescindiéndose de su persecución penal a cambio de testificar contra partícipes con una intervención delictiva de menor entidad; b) Juzgado Especializado de Sentencia C de San Salvador, *Proceso penal con referencia 25-C-2020-4* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021), en este proceso se otorgó criterio de oportunidad al codelinciente clave "Sócrates", prescindiéndose de su persecución penal a cambio de testificar contra miembros de su organización criminal que actuaron bajo sus órdenes, confesando que era el palablero (líder) de la organización y que en la mayoría de los casos él personalmente había perpetrado las acciones delictivas.

3 El artículo 17 del Código Procesal Penal de la República de El Salvador, distingue entre acción penal pública, acción penal pública previa instancia particular y acción penal privada.

tiene el deber de promover la acción penal⁴ en todos aquellos casos en que se cometa algún delito de acción pública.⁵ En ese orden, el ejercicio de la acción no es una facultad discrecional del Ministerio Público; en el sentido, que pueda decidir arbitrariamente, cuáles delitos perseguir o dejar en la impunidad. Sino que se trata de una atribución-deber que, en principio, conlleva la obligación de promover de oficio la persecución penal de todos los delitos que la ley determina que son de acción pública.

En ese sentido, la institución del criterio de oportunidad, se presenta como una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal,⁶ bajo la cual se introducen supuestos específicos en los que el Ministerio Público puede prescindir total o parcialmente de la persecución penal, ya sea de uno, varios o todos los hechos delictivos atribuidos a determinada persona, respecto de alguno o varios partícipes según las necesidades probatorias, o bien limitándose a perseguir sólo una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles.

En el inciso segundo de dicho precepto legal, se establece: “*La Fiscalía General de la República está obligada a ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código, salvo las excepciones legales previstas; asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares*”.

- 4 Algunos autores prefieren utilizar la terminología “*acción procesal penal*”, puede verse: Héctor Carreón Perea, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal mexicano. Teoría y práctica* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), *passim*. Sin embargo, en este trabajo utilizamos la terminología “*acción penal*” adoptada por el Código Procesal Penal de El Salvador.
- 5 En el Código Procesal Penal salvadoreño se prevé que son delitos de acción pública, todos aquellos que no estén dentro del catálogo de delitos de acción pública previa instancia particular y de acción privada, regulados en los artículos 27 y 28 del mismo cuerpo legal. En tal sentido, la gran mayoría de delitos tipificados en el Código Penal y las leyes penales especiales de El Salvador son de acción pública. Básicamente son pocos los delitos de acción pública previa instancia particular, siendo los siguientes: lesiones en su tipo básico, lesiones culposas, amenazas, inseminación artificial o experimentación, apropiación o retención indebida, administración fraudulenta, fraude de servicios de energía o fluidos, usurpaciones, remoción o alteración de linderos, y perturbación violenta de la posesión. Los delitos de acción penal privada son aún menos, entre los que encontramos, los relativos al honor y la intimidad, el hurto impropio, la competencia desleal y las insolvencias punibles.
- 6 Puede verse: Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013). Destacan que autores alemanes como Pfeiffer y Volk, definen el principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad -o de obligatoriedad de la persecución penal-, “*con dudoso carácter teórico, pero prácticamente irrenunciable, que permite a las autoridades de persecución penal establecer las prioridades en la lucha contra la criminalidad*”.

En la doctrina procesalista moderna, se contemplan dos modelos para la aplicación de los criterios de oportunidad.⁷ En el primero de ellos, se le brinda al Ministerio Público absoluta discreción para decidir los hechos delictivos a los que aplicará la oportunidad, es decir, dicho órgano investigador decide libremente en qué casos prescindirá de la persecución penal; en el segundo modelo, en cambio, denominado de oportunidad reglada, el Ministerio Público tiene una especie de discrecionalidad limitada para declinar la persecución penal, en supuestos específicos determinados por el legislador.

En el caso del legislador salvadoreño, éste ha optado por flexibilizar el principio de obligatoriedad de la persecución penal, introduciendo un modelo o sistema de oportunidad reglada, esto es, determinando expresamente los supuestos específicos, requisitos y condiciones bajo las cuales el Ministerio Público podrá excepcionalmente prescindir del ejercicio de la acción penal.

Cabe decir, además, que en la doctrina se ha señalado, que el principio de oportunidad parte del reconocimiento de que el sistema de justicia penal, se ve imposibilitado de investigar y castigar todos los ilícitos penales que se cometen y que, en consecuencia, lo que se debe buscar es hacer más eficiente la administración de la justicia;⁸ siendo una medida orientada a tales fines, la selección de la criminalidad a la que principalmente se perseguirá y destinarán los recursos, y la determinación de aquella delincuencia respecto de la cual, por ser de bagatela, por no presentar mayor alarma social o por otros criterios utilitarios como la colaboración en la investigación, podrá declinarse su persecución.

7 Al respecto puede verse: Carreón Perea, 56.

8 Alberto Binder et al, *Derecho Procesal Penal* (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2006), 78. Se sostiene, con cita del jurista Adrian Marchisio, el siguiente razonamiento: "... en vez de afectar los recursos a la investigación y juzgamiento de los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el sistema judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o bagatelarios como se los suele llamar en España. Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla".

Así, se entiende que la institución jurídica de la oportunidad reglada, es necesaria, porque si en la ley no se establecieran excepciones a la obligatoriedad de la persecución penal, existiría de hecho esta selectividad o discriminación, en cuanto a qué perseguir penalmente,⁹ precisamente por la incapacidad del sistema para brindar una respuesta efectiva a todos los casos, lo cual se llevaría a cabo, no bajo parámetros legales, sino a discreción de los funcionarios del Ministerio Público, lo que evidentemente conduciría a una mayor impunidad y desconfianza en las instituciones vinculadas con la administración de justicia.

En tal sentido, partiendo de la necesidad que existe de hacer más eficiente la administración de justicia, frente a una criminalidad, cuya investigación es cada vez más compleja y que desborda la capacidad de respuesta del Estado, la institución del criterio de oportunidad como excepción a la regla de obligatoriedad de la persecución penal, está justificada, puesto que, como refiere Maier: “*la aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución*”.¹⁰

La generalidad de los supuestos de criterio de oportunidad regulados en el artículo 18 del Código Procesal Penal, *verbigracia*, el que tiene fundamento en el principio de insignificancia o el que se basa en la existencia de una pena natural para el autor del delito, tienen su origen en la formulación contenida en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, normativa que influyó significativamente en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988¹¹ y, en consecuencia, en la reforma procesal impulsada en Latinoamérica.

9 Carlos Ernesto Sánchez Escobar, *Diagnóstico técnico sobre las cuestiones problemáticas más importante que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal* (San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2015), 68. Refiere el autor que se ha constatado en estudios criminológicos y de medición de cifras en otros sistemas, que se produce dicha discriminación o selectividad de facto, por lo cual el criterio de oportunidad se vuelve necesario para que el sistema procesal penal funcione adecuadamente.

10 Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 158.

11 Sánchez Escobar, 69.

Precisamente por la influencia alemana en la institución jurídica del criterio de oportunidad, no pocos autores latinoamericanos entienden que dicho instituto está vinculado a una concepción utilitaria y realista de la pena estatal, en la medida que muchos supuestos de aplicación de la oportunidad reglada, pueden encontrar fundamento en el fin, la necesidad y los límites de la pena en el Estado Democrático de Derecho. Así, por ejemplo, es indudable que cuando el autor del delito ha sufrido un daño físico grave o irreparable como consecuencia directa del hecho delictivo -pena natural-, probablemente no existan necesidades preventivo- generales y especiales para la aplicación de la pena.

Esa vinculación que puede realizarse entre el fundamento de los supuestos legales del criterio de oportunidad, con los fines que persigue la pena -prevención general y especial-,¹² hace posible que la decisión del Ministerio Público de prescindir de la persecución penal sea racional y coherente en términos político-criminales. En esa línea de ideas, González Álvarez sostiene que el criterio de oportunidad puede aplicarse *"en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican"*.¹³

Sin embargo, en algunos casos el legislador no ha tenido como fundamento para otorgar el criterio de oportunidad la falta de necesidad de pena, desde una perspectiva de prevención general o especial, sino el fin primordial de hacer más eficiente la administración de justicia. Es bajo esta

12 Lo que sí es evidente, es que el instituto del criterio de oportunidad no sería compatible con las teorías absolutas o retributivas de la pena, puesto que a partir de éstas no es concebible la renuncia a la persecución penal. Es ilustrativo siempre, respecto de estas teorías, el ejemplo de la isla formulado por Kant: *"aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decididarse a disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia"*, sobre este ejemplo, puede verse: Eduardo Demetrio Crespo, *Prevención general e individualización judicial de la pena* (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999), 59.

13 Daniel González Álvarez, "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 7 (1993): 67.

concepción utilitaria que el Código Procesal Penal regula la figura del testigo con criterio de oportunidad¹⁴ e identidad reservada, permitiendo que el Ministerio Público prescinda de la persecución penal de aquellos sujetos que, siendo autores o partícipes en el delito, decidan colaborar eficazmente con la investigación, delatando al resto de intervenientes en el hecho delictivo o brindando información determinante para la averiguación del delito.

III. Los supuestos en que procede la aplicación del criterio de oportunidad. En particular el supuesto de colaboración eficaz en la investigación

Dentro de los supuestos de aplicación del criterio de oportunidad que regula la legislación procesal penal, se encuentra, en primer lugar, aquel que se otorga al coimputado por su colaboración eficaz en la investigación y enjuiciamiento del resto de intervenientes en el hecho delictivo. Por tratarse del principal objeto de estudio de este artículo se abordará de último.

El segundo supuesto que reguló el legislador salvadoreño es el que tiene fundamento en el principio de insignificancia, abarcando aquellos casos en que la conducta del sujeto activo representa tan sólo una escasa lesividad para el bien jurídico, es decir, cuando no se afecta esencialmente el bien jurídico protegido. Es interesante que el legislador refiere que esa mínima afectación del bien jurídico puede tener lugar por lo “*exiguo de la contribución*” o la “*mínima culpabilidad*” del partícipe, de lo que puede inferirse que se incluyen casos que

14 En la praxis judicial de El Salvador a estos testigos se les denomina “testigos criteriados”, terminología que inclusive ha sido asumida por el común de la sociedad salvadoreña y los grupos criminales precisamente para identificar al delincuente delator. Puede verse utilizando esta terminología: Oscar Martínez, *Una historia de violencia. Vivir y morir en Centroamérica* (Ciudad de México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016), *passim*; Achim Wennmann y Oliver Jütersonke, *Urban Safety and Peacebuilding: New Perspectives on Sustaining Peace in the City* (Londres: Routledge, 2018), s.n. En esta última obra, se hace referencia que en El Salvador la figura del “testigo criteriado” se ha utilizado ampliamente para negociar con pandilleros encarcelados.

reporten un mínimo contenido de injusto -antijuricidad- y también casos donde la culpabilidad se ve reducida por circunstancias personales del agente.

La única limitación que ha dispuesto el legislador para la aplicación del criterio de oportunidad a esta delincuencia insignificante -o de bagatela-, consiste en que no podrá aplicarse a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, siempre que se hubieren realizado en el ejercicio de sus funciones. La razón que se aduce en la doctrina para justificar esta exclusión es que, aun tratándose de conductas insignificantes para el bien jurídico, por ser delitos que atentan contra los deberes generales de probidad y ética pública, resulta inconveniente e incoherente la aplicación de la oportunidad reglada, porque el Estado, a través de sus funcionarios, tiene el deber de realizar los máximos esfuerzos para prevenir y combatir la corrupción.¹⁵

El siguiente supuesto que prevé el legislador salvadoreño, consiste en la existencia de lo que la doctrina denomina “*pena natural*” o “*daño natural*”,¹⁶ estableciéndose que podrá declinarse la persecución penal cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo que se le atribuye, un daño físico o psíquico, significativamente grave que le produzca incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias. También se prevé que podrá prescindirse de la persecución penal, cuando como consecuencia de la comisión de un delito culposo, el imputado haya sufrido un daño moral de difícil superación, *verbigracia*, cuando por conducir imprudentemente un vehículo automotor ocurre un accidente en el que fallece el hijo del conductor.

Los casos que pueden presentarse como pena natural son muchos, es decir, no son planteamientos de laboratorio, sino que son problemáticas que se presentan con frecuencia en la realidad, por lo que, el mismo legislador se ha

15 Sánchez Escobar, 69.

16 Alejandra Alliaud y Edmundo S. Hendler, *Lecciones de parte especial: estudios desde la teoría del delito y las garantías procesales penales* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019), 50-52. Refieren los autores que la idea de prescindir del reproche penal o de aplicar un criterio de oportunidad en los casos de existencia de una pena natural, “está íntimamente ligada con el principio de *humanidad de las penas*, a veces superpuesta políticamente al principio resocializador”.

ocupado de ellos disponiendo que en estos casos puede declinarse la persecución penal, pues ésta resultaría innecesaria e inclusive desproporcional.

Partiendo de consideraciones de eficiencia y racionalidad, se establece en la ley un tercer supuesto de procedencia del criterio de oportunidad, precisamente para aquellos casos donde el imputado ya ha sido condenado a una pena significativa o de largo alcance, o que podría serlo en razón de atribuirsele múltiples delitos, por lo que, en estos casos el Ministerio Público podrá prescindir de la promoción de la acción penal de alguno o varios hechos delictivos, cuya pena a imponer sea de poca importancia en relación a las ya impuestas o que se esperan imponer al imputado.¹⁷

Así también, es de aplicación el criterio de oportunidad, en aquellos casos en que el imputado sufra una enfermedad mortal e incurable en fase terminal, siendo el fundamento de la declinación de la persecución penal en este supuesto, ante todo, una consideración de naturaleza práctica dado que, padecer de una enfermedad de estas características, constituye en la ley penal sustantiva una causa de extinción de la pena,¹⁸ por lo que no tendría sentido promover y seguir el proceso penal si finalmente el juez de vigilancia penitenciaria declarará extinguida la pena.

Todas estas manifestaciones de la oportunidad reglada que se han expuesto no tienen, básicamente, aplicación en la praxis judicial de El Salvador. Es difícil encontrar algún caso en el que, por tratarse de un delito de bagatela o de insignificante afectación de un bien jurídico, el Ministerio Público hubiere solicitado la aplicación del criterio de oportunidad prescindiendo de la persecución penal. Inclusive, ha causado consternación en la sociedad

17 Sánchez Escobar, 70. Considera que en estos casos la persecución penal pierde todo sentido, por cuanto, las posibles penas a imponer no tendrían ninguna eficacia práctica “*respecto de una persona que, está sujeta ya al cumplimiento de una larga condena*”, con lo cual, la persecución constituiría más una subutilización ineficiente de los recursos del Estado.

18 El artículo 108 del Código Penal, bajo el acápite “enfermedad incurable en periodo terminal”, dispone: “*El juez o tribunal declarará extinguida la pena impuesta en cualquier momento del cumplimiento de la misma, cuando se acrede mediante peritos, que el condenado padece una enfermedad incurable en período terminal. Sometiéndolo a tratamiento médico ambulatorio o vigilancia, según el caso*”.

salvadoreña que el ente acusador ha ejercido la acción penal en casos donde alguna persona ha hurtado comestibles¹⁹ u objetos²⁰ en algún supermercado, por un valor que apenas llega a los doscientos colones que exige el tipo penal -o su equivalente de veintitrés dólares-, o por haber iniciado proceso penal contra algún campesino por hurtar algunas frutas,²¹ o contra alguna persona por cometer el robo de un dólar de pan, entre otros casos de manifiesta insignificancia.

Inclusive, el órgano persecutor de El Salvador ha promovido acción penal contra imputados que han resultado con amputaciones en sus piernas o brazos, como resultado de la comisión de delitos imprudentes, *verbigracia*, el delito de conducción peligrosa. También el Ministerio Público acostumbra a ejercer la acción penal contra imputados que ya se encuentran cumpliendo penas de prisión de larga duración, donde evidentemente la pretensión punitiva estatal en el nuevo proceso no puede tener ningún fin preventivo general o especial.

En ese orden, puede afirmarse que la institución jurídica del criterio de oportunidad únicamente ha tenido relevancia práctica y aplicación en El Salvador, en lo que respecta al denominado derecho premial, esto es, cuando coimputados deciden colaborar en la investigación delatando al resto de intervenientes en el delito, o brindando información valiosa para el esclarecimiento y enjuiciamiento de las conductas atribuidas a otros acusados. Se trata, en este caso, del supuesto de aplicación del criterio de oportunidad contenido en el artículo 18 numeral 1 del Código Procesal Penal, en el que se prevé que el Ministerio Público podrá prescindir de la persecución penal:

-
- 19 Véase: <https://www.elsalvadortimes.com/articulo/sucesos/capturada-super-selectos-hurtoleche-pescado-valorados-15/20200130123306066751.html>. Se relaciona la noticia de una mujer capturada y luego procesada por hurtar leche y pescado.
- 20 Puede encontrarse múltiples noticias al respecto: <https://www.elsalvadortimes.com/articulo/judiciales/fgr-investiga-mujer-robar-25-productos-super-selectos/20190425104325057950.html>. Se expone la noticia de la detención de una mujer por hurtar artículos en un supermercado, por el valor de veinticinco dólares.
- 21 Véase, por ejemplo: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Cuatro-detenidos-por-hurtar-jocotes-20131015-0119.html>. Donde se relaciona la noticia de la captura de unas personas por hurtar jocotes.

“Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave”.

Como puede observarse, en este numeral del precepto legal citado, se reconocen y distinguen, a su vez, diferentes supuestos: en primer lugar, aquel en el que el imputado habiendo intervenido ya sea en las fases previas a la ejecución del hecho (como podrían serlo la conspiración y los actos preparatorios), realiza cuanto estaba a su alcance para evitar la ejecución o la consumación del delito; en segundo lugar, aquellos casos en que el imputado brinda información para evitar que el delito en el que ha participado se continúe cometiendo o para evitar que se cometan otros en los que no ha tenido participación; y, por último, se establece la posibilidad de otorgar el criterio de oportunidad, a todo coimputado que colabore eficaz o decisivamente en el esclarecimiento de las conductas atribuidas a los otros intervenientes en el delito en el que el delator hubiere participado, o respecto de otros ilícitos penales en los que no habiendo participado tenga información.

En estos dos primeros casos que regula la ley, tiene sentido, en cierta medida, la denominación de “*arrepentido*”²² que algunos autores sugieren para designar al coimputado que colabora con la investigación, precisamente porque se le premia por haber intentado interrumpir el curso del suceso criminal y evitar la consumación, o bien evitar que otros ilícitos penales se continúen cometiendo. No obstante, como se señalará *infra*, no es un término muy apropiado.

En dichos casos de colaboración del imputado con las autoridades para evitar delitos o para esclarecerlos, el criterio de oportunidad se presenta como un mecanismo extraordinario y necesario para enfrentar la criminalidad, pues se parte de la admisión de que las agencias del sistema penal, no obstante sus

²² Manuel Gómez Tomillo, Comentarios al Código Penal (Valladolid: Lex Nova, 2010), 1936. Se utiliza la terminología de “*coimputado arrepentido*” y “*delincuentes arrepentidos que colaboran con la justicia*”.

mayores esfuerzos, son incapaces de brindar una respuesta satisfactoria en la investigación y persecución de determinados delitos o formas de delincuencia, como lo es, por ejemplo, la criminalidad organizada.²³

En todo caso, la ley procesal penal regula este derecho premial de forma excepcional y bajo estricta observancia del principio de proporcionalidad. En tal sentido, el criterio de oportunidad debe otorgarse al coimputado como último recurso del Ministerio Público, esto es, cuando se han agotado todos los mecanismos de investigación y los mismos han resultado infructuosos por la especial y compleja forma de ejecución del delito que torna difícil su averiguación.

Lo anterior resulta lógico, porque la regla general es la obligatoriedad de la persecución penal de todos los delitos de acción pública, pero, además, porque la igualdad en la aplicación de la ley y la prerrogativa constitucional de protección jurisdiccional exigen que, en principio, todos los intervenientes en el delito respondan penalmente. Además, la excepcionalidad del criterio de oportunidad, en los casos de colaboración eficaz del codelinciente, se deriva de la máxima de que el Derecho no debe -ni necesita- ceder ante lo ilícito.²⁴

Por consiguiente, debe existir un control jurisdiccional respecto del carácter excepcional bajo el cual, se otorga el criterio de oportunidad al coimputado. Este control podría llevarse a cabo, exigiendo al Ministerio Público que acredite las diligencias de investigación previamente realizadas y que resultaron infructuosas para la averiguación, pues serían contrarios al carácter excepcional, aquellos criterios de oportunidad otorgados sin que anteceden esfuerzos investigativos por parte del ente acusador, es decir, cuando la única o

23 Sánchez Escobar, 70. El autor refiere que el criterio de oportunidad por colaboración del imputado se justifica, porque *"hay cierto tipo de criminalidad que es casi imposible de ser satisfactoriamente enfrentada, por cuanto operan como verdaderas sociedades o empresas criminales, cuyas organizaciones hacen casi imposible la investigación de los múltiples delitos que cometen, en atención a la complejidad operativa de las mismas"*.

24 Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 359. El autor refiere como principio que *"el derecho no necesita ceder ante lo ilícito"*.

primera diligencia de investigación realizada es la entrevista del codelincuente delator.

Este control jurisdiccional sobre la excepcionalidad del criterio de oportunidad evitaría, a su vez, que esta institución jurídica sea instrumentalizada por los delincuentes. Efectivamente, al mal utilizarse este supuesto de colaboración eficaz en la investigación, se corre el riesgo de que delincuentes habituales se proyecten cometer delitos con la intervención de otros sujetos bajo la expectativa de que, si finalmente son descubiertos, negociarán un criterio de oportunidad.

Empero, además, si bien es cierto que la ley permite que pueda otorgarse la oportunidad tanto a autores o partícipes, resultaría desproporcional e irracional perseguir penalmente a los cómplices concediendo un criterio de oportunidad a quien materialmente es autor, o a quien ha realizado una contribución más relevante o grave al hecho delictivo.²⁵ De hecho, el legislador consagra el principio de proporcionalidad en la aplicación del criterio, cuando en el artículo 18 numeral 1 del Código Procesal Penal dispone: “*En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita*”.

Asimismo, en la disposición legal citada se establece otra limitante a la concesión del criterio de oportunidad por colaboración en la investigación, consistente en que cuando se trate de criminalidad organizada, no podrá otorgarse el beneficio a los jefes o líderes de las organizaciones, salvo que ello sea necesario para investigar y procesar al resto de la cúpula de la organización delictiva, esto es, al resto de líderes o jefes criminales.

En la praxis judicial de El Salvador, en no pocos casos se inobservó el principio de proporcionalidad, porque la Fiscalía General de la República concede el criterio de oportunidad y prescinde de la persecución penal de líderes

25 Binder, 86. Establecen los autores que, en el criterio de oportunidad por colaboración con la investigación, se requiere que “*la acción de la que se prescinde sea considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución se facilita o se evita*”.

de organizaciones criminales, *verbigracia*, se le concede el beneficio a dirigentes de estructuras pandilleriles, quienes brindan información sobre conductas de miembros que ostentan un rango inferior dentro de las estructuras, o bien se concede el beneficio a personas cuyas conductas son más reprochables o graves que las de aquellos a quienes delatan.

En cuanto a la forma de operar del criterio de oportunidad, en la legislación procesal salvadoreña le corresponde al ente persecutor valorar la conveniencia de otorgarlo en los diferentes supuestos y, una vez tomada la decisión de conceder, se debe someter al órgano judicial para que éste realice un control de legalidad, pudiendo autorizarlo o denegarlo según se cumplan o no los requisitos legales.²⁶ En la práctica, los jueces no realizan un control material del criterio de oportunidad, sino únicamente formal, procediendo a autorizar de forma automática en todos aquellos casos en que Fiscalía General de la República lo solicita, bajo el pretexto de que la colaboración del delator es el único mecanismo para averiguar los hechos y enjuiciar al resto de intervenientes en el delito.

IV. El testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada

4.1 Denominación y naturaleza jurídica

Ante todo, debe señalarse que no existe consenso en la doctrina sobre la denominación más acertada para referirse al coimputado que colabora con la investigación, delatando al resto de intervenientes en el delito y recibiendo, a cambio, el beneficio del criterio de oportunidad. Dentro de la terminología frecuentemente utilizada para referirse a este sujeto, se encuentran las siguientes:

26 Para una exposición detallada sobre cómo opera la aplicación del criterio de oportunidad en El Salvador, puede verse: Sánchez Escobar, 71-74.

“testigo criteriado”,²⁷ “testigo de la corona”,²⁸ “coimputado”, “codelincuente”, “co-reo”, “copartícipe”, “colaborador”, “arrepentido” y “delator”; así también, a la declaración que brinda se le llama “testimonio en co-delincuencia”, “testimonio sospechoso”, “testimonio inhábil” y “testimonio impropio”.²⁹

Sobre la denominación de “arrepentido” se ha dicho que no es acertada, puesto que las legislaciones no exigen ningún tipo de conducta real o moral de arrepentimiento, esto es, un completo cambio de conducta. De igual manera, respecto de la terminología “testimonio sospechoso” se ha señalado que no es del todo acertada, pues todos los testimonios, de una u otra manera, pueden tener fallos o no ser totalmente ciertos, por lo que, todos pueden ser catalogados en mayor o menor medida como sospechosos.³⁰

La figura del coimputado delator surgió con el fin de obtener información valiosa sobre las estructuras u organizaciones criminales, sobre sus integrantes y la forma de operar, es decir, nació propiamente para combatir la criminalidad organizada. Por ello, algunos autores afirman que sus orígenes se remontan al ordenamiento jurídico italiano, que a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta del siglo pasado, introdujo las figuras de los “colaboradores de la justicia” o “arrepentidos” de manera excepcional y exclusivamente para el ámbito del crimen organizado y el terrorismo, es decir, no como una institución jurídica del Derecho procesal penal en general.³¹

27 La terminología de “*testigo criteriado*” es la más utilizada en la *praxis judicial* y en la comunidad jurídica salvadoreña y, además, es la que más se ha difundido en el común de la sociedad salvadoreña.

28 Utilizando esta denominación de “*testigo de la corona*”, puede verse: María Luisa Cuerda Arnau, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1995), 248-253.

29 Por todas las denominaciones puede verse: Lorena Cecilia Vega Dueñas, *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada* (Barcelona: J. M. Bosch, 2016), 105.

30 *Ibid.*

31 Sobre los orígenes de la figura del arrepentido o colaborador de la justicia en Italia, puede verse: Jesús Santos Alonso y Mercedes De Prada Rodríguez, “Los colaboradores de la justicia en Italia”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 20 (2011): 71-75; confróntese Vega Dueñas, 109, quien afirma que el origen del derecho premial de los coimputados es muy antiguo, y que inclusive los grandes filósofos ilustrados se pronunciaron respecto de esta figura, destacando las consideraciones de Beccaria y Bentham.

En ese orden, la justificación de este mecanismo de colaboración premiada se encuentra en que, permite la investigación y obtención de elementos de prueba del delito, lo cual es difícil en el ámbito de la criminalidad organizada por su carácter cerrado y porque sus integrantes operan de manera compleja, utilizando herramientas sofisticadas, aparatos tecnológicos de alta gama, entre otros. Se aduce, por ello, que es necesario enfrentar estas organizaciones criminales invadiendo su estructura asociativa interna, es decir, se busca combatir a los grupos delincuenciales desde dentro de la organización.³²

Ahora bien, en la doctrina se ha discutido la naturaleza jurídica del coimputado colaborador y de la declaración que brinda ante la autoridad judicial, cuestión que es de suma relevancia, pues dependiendo de su naturaleza y el régimen jurídico aplicable, previo a declarar, se le puede exigir promesa o juramento de decir verdad, e inclusive a partir de la información que proporcione ser sujeto de imputación por falso testimonio. Al respecto, Vega Dueñas sostiene que la declaración de este sujeto tiene dos caras o se encuentra en una zona gris:

*“Por un lado, comparte la naturaleza con el imputado por los hechos que lo incriminan, y como tal, tiene derecho a guardar silencio, y por otro, comparte naturaleza con el testigo porque está otorgando información a las autoridades judiciales y está atribuyendo hechos a otras personas. Es decir, la naturaleza de la declaración del coimputado se encuentra en una zona gris, básicamente, porque se encuentra en medio del imputado y el testigo, y con ambas caras son inseparables, y además la zona gris no permite estar en zona totalmente blanca o negra, el coimputado podrá prestar declaración sin juramento previo y beneficiándose del derecho a no contestar”.*³³

32 Vega Dueñas, 107. Señala la autora que la colaboración premiada “parte de la idea de que se logra un mayor combate a este tipo de criminalidad cuando se combate desde dentro, cuando la persona que colabora es aquella que intervino en la comisión del delito y conoce realmente lo que sucedió y el papel desempeñado por cada uno de los integrantes”.

33 *Ibíd.* 109.

En la jurisprudencia salvadoreña, se ha hecho recepción de las denominaciones formuladas en la doctrina, entre estas, colaborador de la justicia, arrepentido, delator, testigo de la corona y criteriado, reconociéndose que éste último es el más utilizado en la práctica forense nacional.³⁴ Sin embargo, en la jurisprudencia básicamente de manera automática se ha nominado “testigo” al coimputado colaborador y se ha calificado como “testimonio impropio” su declaración,³⁵ sin profundizar acerca de su naturaleza jurídica, aunque lo cierto es que la deposición que rinde dicho sujeto no es propiamente ni testimonio ni confesión, aunque comparte, en cierto modo, una y otra naturaleza.

4.2 La medida de protección consistente en la reserva de identidad

La reserva de identidad del testigo es una medida de protección ordinaria regulada en el artículo 10 literal “a” de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos,³⁶ que consiste en que durante las diligencias de investigación y en el proceso penal, en principio, no constaran ni se revelarán los datos generales de la persona que ostente la calidad de testigo o víctima, ni cualquier otra información que conduzca a su identificación, utilizándose para referirse a dicha persona en los actos procesales una clave.

Además, en virtud de que la finalidad es que el testigo se mantenga anónimo, el Ministerio Público y las autoridades judiciales, adoptan una serie de medidas orientadas a evitar que la identidad sea conocida o revelada, *verbigracia*, la utilización de dispositivos para alterar la voz del protegido al momento de rendir su declaración, el empleo de biombo al momento de recibir la declaración para evitar que el testigo sea visto físicamente por los imputados

³⁴ Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, *referencia 218-CAS-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).

³⁵ Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, *referencia 297-CAS-2005* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006).

³⁶ Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006).

y las partes técnicas, entre otros. Asimismo, se prohíbe a las partes técnicas y a los acusados, durante los actos procesales y especialmente en las audiencias en las que brinda su declaración el protegido, realizarle preguntas que conduzcan o puedan conducir a revelar su identidad.

En la *praxis judicial* de El Salvador, ocurre que cuando se le otorga un criterio de oportunidad a un coimputado que decide colaborar con la investigación, de manera automática el Ministerio Público requiere la aplicación de la medida de protección de la identidad reservada. La adopción de esta medida cuando se trata del delator, en todo caso, está permitida por la misma Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos, e inclusive es una obligación para las autoridades fiscales y judiciales que deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, pues dicho instrumento en el artículo 26 establece que el Estado brindará protección a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos y que decidan colaborar con la investigación, disponiéndose en el artículo 24 dentro de las posibles medidas, la prohibición de revelar información relativa a su identidad.³⁷

En ese sentido, en el proceso penal salvadoreño, frecuentemente el testigo con criterio de oportunidad se vuelve testigo anónimo, esto es, un testigo con reserva de identidad, a quien la defensa técnica y los imputados no pueden cuestionar o interrogar plenamente, principalmente sobre aspectos que conduzcan o puedan conducir a la revelación de su identidad, afectándose con ello el Derecho de defensa, porque no puede controvertirse la credibilidad del órgano de prueba a partir de la existencia de móviles espurios en su declaración incriminatoria.

37 La medida de protección de la reserva de identidad para el coimputado colaborador con la investigación, también se prevé en los artículos 32 y 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 12 de diciembre de 2003.

V. La declaración del criteriado con reserva de identidad y su incidencia en el derecho de defensa

La discusión en torno a la validez de la declaración del criteriado o coimputado colaborador, como medio de prueba legítimo y suficiente para destruir la presunción de inocencia del resto de imputados en el proceso penal, ha sido intensa y prolongada en la doctrina. Ello porque, como en su momento afirmó el Tribunal Constitucional español: “*la declaración de un coimputado es una ‘prueba sospechosa’ cuando se trata de la única prueba de cargo*”.³⁸

La desconfianza que desde un inicio se ha tenido en este medio de prueba radica, en primer lugar, en la propia naturaleza del órgano del que emana la información incriminatoria, pues el coimputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad e, inclusive, puede callar total o parcialmente en ejercicio del derecho a no autoincriminarse. Por ello, tratándose de un delincuente confeso que declara por interés en obtener un beneficio, como lo es el criterio de oportunidad, la información que brinda naturalmente es sospechosa.³⁹

En todo caso, en la actualidad la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de los países del entorno cultural, incluida la emanada de los tribunales salvadoreños, han admitido la legitimidad de la declaración del coimputado desde la perspectiva constitucional, destacándose que es insuficiente para destruir la presunción de inocencia cuando, siendo única, no resulta corroborada mínimamente por otros elementos de prueba. En tal sentido, se afirma que para que una sentencia condenatoria pueda fundarse en modo decisivo en la declaración de un criteriado o delator, es necesario la verificación de dos elementos: uno negativo, cuál es la inexistencia de móviles espurios en la

38 Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 30/2005 (España, 2005).

39 Sobre las consideraciones que se han formulado en la jurisprudencia española al respecto, puede verse: Tomás Montero Hernanz, *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional* (Alicante: Editorial Club Universitario, 2012), 501.

incriminación y, uno positivo, consistente en la exigencia de corroboración mínima de la deposición o versión del coimputado a través de otros elementos de prueba.⁴⁰

Respecto de la exigencia de corroboración se ha señalado, por una parte, que ésta no ha de ser necesariamente plena, sino que basta con que al menos sea mínima o sobre los aspectos principales de la versión del coimputado; por otra parte, que no existen ni pueden establecerse criterios de corroboración y su alcance en términos generales, por lo que, debe analizarse en cada caso concreto la veracidad objetiva de la deposición del criteriado. Por lo demás, la exigencia de corroboración mínima no es sobre cualquier punto de la declaración del delator, sino en relación con la participación o conducta que le atribuye al resto de imputados.⁴¹

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se ha pronunciado sobre estos requisitos que se exigen respecto de la declaración del criteriado o coimputado colaborador, sosteniendo lo siguiente:

“Es por lo apuntado, que se sostiene que lo afirmado por los ‘colaboradores de la justicia’ o ‘criteriados’, es una prueba ‘limitada’ o insuficiente por sí misma, pero que alcanza aptitud bastante para enervar válidamente la presunción de inocencia, cuando se corrobora con otros datos objetivos del material probatorio… Cabe señalar que la exigencia de corroboración no puede ser ‘plena’, como si cada afirmación que realice el declarante coimputado ha de contar con el respaldo de otra evidencia, pues esto conllevaría en la práctica, a privar de toda eficacia a este tipo de testimonio impropio. Como alternativa, surge la teoría de la ‘corroboration mínima’ que esta Sala ya ha acogido en decisiones anteriores, sosteniendo específicamente en cuanto a la declaración de coimputados: se ha dejado por sentada como una prueba

-
- 40 Puede verse: Cristina Rodríguez Yagüe, “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales”. En *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006), 474.
- 41 Pueden verse sobre estos requisitos de la declaración del coimputado: Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 17/2004 (España, 2004); Tribunal Constitucional, Proceso de Amparo, Referencia 147/2004 (España, 2004).

legítima y constitucional, sometida su validez a la condición que sea mínimamente corroborada... esta corroboración exige la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, que habrá de realizarse caso por caso".⁴²

Ahora bien, lo que no ha sido objeto de análisis profundo en la jurisprudencia salvadoreña, es la compatibilidad de la figura del criteriado o coimputado colaborador con la medida de protección de reserva de identidad, y la incidencia que tiene respecto del derecho de defensa. Efectivamente, partiendo de que en sí misma la declaración del criteriado es una "prueba sospechosa", que por sí sola no es suficiente para enervar la presunción de inocencia y que debe valorarse con extrema cautela por las autoridades judiciales, siendo imprescindible su corroboración con otros elementos de prueba, la medida de la reserva de identidad aplicada a dicho órgano incorpora más problemas, porque reduce significativamente el derecho de defensa o, al menos, la facultad de los justiciables y de su defensa técnica de cuestionar aspectos de credibilidad o de existencia de móviles espurios en la declaración del testigo criteriado.

En la doctrina se reconoce que la figura del testigo anónimo o con reserva de identidad, en ciertos casos, puede conducir a una reducción intolerable de la posibilidad de contradicción.⁴³ La prueba testimonial, como toda prueba, lógicamente puede presentar deficiencias por el órgano del cual emana, por ello, tiene diversas formas de control, siendo una de ellas, que los testigos puedan ser confrontados y contradichos por la defensa y los propios justiciables, en cuanto a la versión afirmada y la persona que expone la versión, lo cual es esencial para asegurar un juicio justo.

42 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia 149C2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

43 Puede verse: Luis Uriarte Valiente y Tomás Farto Piay, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada* (Madrid: Editorial La Ley, 2007), 562.

Con la medida de la reserva de identidad, las posibilidades de confrontar al testigo se reducen significativamente, por cuanto el imputado y el defensor no pueden interrogar libremente, por ejemplo, cuestionando sobre antecedentes de enemistad o problemas que hubiere tenido con el justiciable, lo cual es indispensable para evidenciar móviles espurios en la declaración incriminatoria, precisamente porque se desconoce la identidad de la persona del testigo. Los tribunales salvadoreños, han reconocido que la medida de protección de la reserva de identidad puede entrar en colisión con el Derecho de defensa, señalando en tal sentido:

"Ahora bien, cuando los testigos están sujetos a una situación objetiva de peligro, puede aplicarse el régimen de protección –que no es absoluto- sucede que la identificación del testigo se desconoce para el imputado y su defensa, y ello, hace imposible, que el testigo pueda ser confrontado en su persona, atendiendo a criterios de interés, deseo de perjudicar, problemas afectivos de odio, malestar, venganza etc., de parte del testigo; aspectos propios de su persona que podrían influir en la percepción del hecho, o de su recuerdo etc., todos estos aspectos se encuentran limitados en un testimonio rendido por testigos protegidos, con ello, el derecho de defensa se ve, sensiblemente disminuido".⁴⁴

Cuando se trata de un criteriado o delator, esta imposibilidad contradicción o confrontación se agrava, puesto que el testigo tiene un marcado interés en incriminar al justiciable, para que su colaboración sea eficaz y de esa manera beneficiarse con el criterio de oportunidad, por lo que, para lograr dicho objetivo podría mentir, callar lo que es favorable para la defensa o brindar información inexacta.

⁴⁴ Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia 193-SC-2017-2* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Además de todo ello, lógicamente en estos casos se parte de la premisa de que tanto el testigo criteriado como el imputado, han participado en el hecho delictivo, por lo que ambos se conocen o deberían conocerse. De tal forma que, si el delator miente sobre la forma en que ocurrió el hecho, sobre su intervención o sobre las conductas realizadas por los intervenientes, el imputado enjuiciado evidentemente será el primero en identificar la mendacidad, por lo que, para evidenciar que el testigo ha mentido necesariamente tendría que conocer su identidad o conociéndola, debería poder revelarla para que la autoridad judicial confirme en que ha consistido la mendacidad.

Algunos casos que se han presentado en la praxis judicial de El Salvador son, por ejemplo, cuando el criteriado afirma que se encontraba presente en un centro penal, desde donde una cúpula criminal dio una orden para ejecutar un delito, siendo que los miembros de la cúpula tienen sospecha de la identidad del delator y que éste realmente no se encontraba recluido en la penitenciaria, en ese supuesto se vuelve necesario conocer y/o revelar la identidad para confirmar que no estuvo recluido. Otro caso, es aquel donde los justiciables sospechan quién es el criteriado y tienen conocimiento que éste no se encontraba en el país cuando ocurrió el hecho en el que dice haber participado, por lo que, en ese supuesto se vuelve necesario requerir los registros migratorios del delator para evidenciar que está mintiendo. No son casos de laboratorio, sino que se han dado en la realidad judicial y que evidencian como la medida de reserva de identidad menoscaba el derecho de defensa.

VI. Las medidas compensatorias para salvaguardar el derecho de defensa frente al testigo criteriado con reserva de identidad

Si respecto de la declaración del testigo con criterio de oportunidad que se caracteriza por ser una prueba sospechosa, que en principio genera desconfianza; y por sí no es suficiente, para destruir la presunción de inocencia, además se adopta la medida de la reserva de identidad, deberán tomarse medidas compensatorias para salvaguardar el Derecho de defensa e intensificarse la exigencia de corroboración de la versión del delator en otros elementos de pruebas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre las limitaciones que existen al interrogar testigos con régimen de protección o identidad reservada, estableciendo que una sentencia condenatoria no se puede sustentar únicamente o en modo decisivo en el dicho de testigos, cuya identidad es desconocida por el imputado y su defensa técnica.⁴⁵ Pero además de que no es una prueba suficiente por sí sola para enervar la presunción de inocencia, dicho tribunal de Derechos humanos, ha indicado que, siempre que se utilice la medida de la reserva de identidad de testigos, las autoridades judiciales deberán disponer medidas compensatorias con la finalidad de preservar el Derecho de defensa del imputado.

De esta manera, la Corte Interamericana, ordena a los Estados parte que, cuando en el curso de un proceso penal se utilicen medidas de protección de testigos -en particular, la reserva de identidad-, la afectación al Derecho de defensa que dichas medidas producen sea contrarrestada por medidas de contrapeso, como las siguientes:

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pollo Rivera y otros vs. Perú* (Costa Rica, 2016).

"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 su declaración; 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 desacreditar o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración... Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada".⁴⁶

El referido tribunal de derechos humanos considera que basar una condena en la declaración de un testigo con identidad reservada, sin medidas para salvaguardar el Derecho de defensa, implicaría utilizar desproporcionadamente una prueba que ha sido obtenida en detrimento de los derechos del acusado.

Desde el punto de vista de este autor, las medidas compensatorias que, conforme a la legislación procesal penal salvadoreña, deberían adoptarse para preservar el derecho de defensa en aquellos casos donde el Ministerio Público recurre a la figura del testigo criteriado, serían las siguientes: en primer lugar, adoptar sólo excepcionalmente la medida de reserva de identidad y, en su lugar, darle mayor aplicación al resto de medidas de protección contenidas en la ley especial, toda vez que, si realmente el delator ha participado en la ejecución del hecho delictivo, en la mayoría de los casos el resto de imputados lo han de conocer y lo identificarán cuando brinde su versión testimonial, por lo que, la medida del anonimato es innecesaria. Resultan inconcebibles las circunstancias en las cuales los imputados no recordarían y, en consecuencia, no identificarían a todos los sujetos que tomaron parte junto con ellos en la ejecución del delito.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (Costa Rica, 2014).

En segundo lugar, la reserva de identidad no debería aplicarse cuando promovida la acción penal, esto es, ya judicializada la causa penal, se le otorgue el criterio de oportunidad a un coimputado que decide colaborar, pues en tal supuesto es lógico que todos conocerán la identidad del testigo criteriado, que sería la persona respecto de quien se prescindió la persecución penal. Por obvia que parezca esta consideración, en la praxis judicial salvadoreña, inclusive en estos casos se aplica y mantiene la medida de protección de la reserva de identidad.

En tercer lugar, tratándose de un testigo criteriado con reserva de identidad, el juez y las partes técnicas deberían, en principio, conocer plenamente su identidad bajo el compromiso ético y legal de no revelarlo a los imputados; dicho conocimiento debería garantizarse con suficiente antelación al juicio para tener posibilidades reales de confrontar la declaración, o para recolectar la prueba que se considere pertinente para demostrar que el delator está siendo mendaz en su versión.

En cuarto lugar, debe exigirse una mayor rigurosidad en cuanto a la corroboración de la declaración del testigo, principalmente en cuanto a la participación de cada uno de los imputados cuyo enjuiciamiento facilita, no restando importancia a las contradicciones internas de la propia versión, las incoherencias por mínimas que parezcan, así como los contrastes que presente respecto de otras evidencias.

Por lo demás, se consideran acertadas las medidas de contrapeso que señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, en cuanto a que las autoridades judiciales deben conocer plenamente la identidad del testigo y observar con especial cautela el comportamiento que presenta durante el interrogatorio -incluyendo el aspecto gesticular-.

VII. Conclusiones

El legislador salvadoreño ha adoptado un modelo o sistema de oportunidad reglada, estableciendo expresamente los supuestos específicos, requisitos y condiciones bajo las cuales el Ministerio Público podrá excepcionalmente prescindir de la persecución penal de determinados delitos de acción pública. En ese sentido, la institución del criterio de oportunidad constituye una excepción al principio de legalidad, el cual supone la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Los diversos supuestos en los que procede el criterio de oportunidad -incluyendo los casos de existencia de una pena natural, de delincuencia de bagatela o de insignificante afectación del bien jurídico-, no tienen básicamente aplicación en la *praxis* judicial de El Salvador. De manera que, el instituto jurídico del criterio de oportunidad únicamente ha tenido relevancia práctica y aplicación en El Salvador, en lo que respecta al denominado derecho premial, esto es, cuando coimputados deciden colaborar en la investigación, delatando al resto de intervenientes en el delito, o brindando información valiosa para el esclarecimiento y enjuiciamiento de las conductas atribuidas a otros acusados.

Dado que el criterio de oportunidad por colaboración eficaz del imputado se presenta como un mecanismo excepcional, extraordinario y necesario para enfrentar la criminalidad, el mismo debe otorgarse como último recurso del Ministerio Público, esto es, cuando se han agotado todos los mecanismos de investigación y los mismos han resultado infructuosos por la especial y compleja forma de ejecución del delito que torna difícil su averiguación. En consecuencia, debe existir un control jurisdiccional riguroso respecto del carácter excepcional bajo el cual se otorga el criterio de oportunidad al coimputado, verificándose que previamente hayan existido esfuerzos investigativos por parte del ente acusador.

En *praxis judicial* de El Salvador, se constata que en la mayoría de los casos el testigo con criterio de oportunidad participa en el proceso penal y brinda su testimonio bajo la medida de protección de reserva de identidad. Esto supone una limitación al derecho de defensa, porque a dicho testigo que se mantiene bajo anonimato, en principio el abogado defensor y el imputado no pueden cuestionar o interrogarlo plenamente, principalmente sobre aspectos que conduzcan o puedan conducir a la revelación de su identidad y, generalmente, los aspectos vinculados a la credibilidad del testigo y la existencia de móviles espurios -como motivos de venganza, odio o recelos con el resto de imputados-, requiere, en no pocos casos, que se discuta abiertamente en juicio aspectos personales y de identidad del testigo protegido.

Dada esa limitación al derecho de defensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia, que una sentencia condenatoria no podría fundamentarse de manera exclusiva -o, en modo decisivo- en el testimonio de un testigo con reserva de identidad. Más grave es el caso del testigo con criterio de oportunidad con identidad reservada, puesto que se trata de un órgano de prueba sospechoso que tiene un marcado interés en incriminar al resto de acusados, pues la impunidad del criteriado, generalmente, depende de la condena del resto de intervenientes en el delito según el acuerdo de colaboración eficaz.

Ante la incidencia negativa que tiene en el derecho de defensa en la utilización del testigo con criterio de oportunidad e identidad reservada, los Tribunales deben adoptar una serie de medidas compensatorias para salvaguardar, en la medida de lo posible, la referida prerrogativa constitucional. Dentro de dichas medidas sé tiene, que la adopción de la reserva de identidad debe tener un carácter excepcional y someterse a un control jurisdiccional riguroso, descartándose en aquellos casos donde evidentemente es innecesaria porque los acusados ya saben quién es el delator; asimismo, las partes técnicas deberían conocer con suficiente antelación al juicio la identidad del testigo,

bajo el compromiso ético y legal de no revelarlo a los imputados; al momento de la valoración del testimonio, como estándar debería exigirse una mayor corroboración de la versión del testigo, no sólo respecto de la forma de ocurrencia del hecho delictivo sino que también -y principalmente- respecto de la participación delictiva que le atribuye a cada imputado.

Bibliografía

- » Alliaud, Alejandra. y Edmundo S. Hénder. *Lecciones de parte especial: estudios desde la teoría del delito y las garantías procesales penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019.
- » Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- » Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Tomo I: fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- » Binder, Alberto. Daniel Gadea Nieto, Daniel González Álvarez, Héctor Quiñones Vargas, Manuel Bellido Aspas, Manuel Miranda Estrampes, Mario A. Houed V., Olga Elena Resumil y Pablo Llameras Conde. *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Juzgatura, 2006.
- » Carreón Perea, Héctor. *Los criterios de oportunidad en el proceso penal mexicano. Teoría y práctica*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.
- » Crespo, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999.
- » Cuerda Arnau, María Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1995.
- » Gómez Tomillo, Manuel. *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- » González Álvarez, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 7 (1993).
- » Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.
- » Martínez, Oscar. *Una historia de violencia. Vivir y morir en Centroamérica*. Ciudad de México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- » Montero Hernanz, Tomás. *La justicia penal juvenil en España: legislación y jurisprudencia constitucional*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2012.
- » Rodríguez Yagüe, Cristina. "La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesales". En *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- » Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. *Diagnóstico técnico sobre las cuestiones problemáticas más importante que se derivan de la aplicación del Código Procesal Penal mediante la revisión analítica de los preceptos procesales que integran la normativa procesal penal*. San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2015.
- » Santos Alonso, Jesús y Mercedes De Prada Rodríguez. "Los colaboradores de la justicia en Italia". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 20 (2011).
- » Uriarte Valiente, Luis y Tomas Farto Piay. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Madrid: Editorial La Ley, 2007.
- » Vega Dueñas, Lorena Cecilia. *La protección de testigos en delitos de criminalidad organizada*. Barcelona: J. M. Bosch, 2016.
- » Wennmann, Achim y Oliver Jütersonke. *Urban Safety and Peacebuilding: New Perspectives on Sustaining Peace in the City*. Londres: Routledge, 2018.

JURISPRUDENCIA

- » Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. *Sentencia Definitiva, Referencia 193-SC-2017-2*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Norín Catrimán y otros vs. Chile*. Costa Rica: 2014.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Costa Rica: 2016.
- » Juzgado Especializado de Sentencia C de San Salvador. *Proceso penal, referencia 25-C-2020-4*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia 149C2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, referencia 218-CAS-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.
- » Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, referencia 297-CAS-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 147/2004*. España: 2004.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 17/2004*. España: 2004.
- » Tribunal Constitucional. *Proceso de Amparo, Referencia 30/2005*. España: 2005.
- » Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador. *Proceso penal, Referencia 175-1-2022*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2024.