



Tesina de derecho:

**“LA INADMISIBILIDAD DE LOS TESTIGOS ANÓNIMOS PARA LA  
DEFENSA EN EL PROCESO PENAL”**

**Autores:** René Jara Sandoval y Jorge Soto Leiva.

**Profesor Guía:** Claudio Meneses Pacheco.

**Año: 2014**

# TABLA DE CONTENIDOS

## **Introducción**

### **Capítulo Primero: Fundamentos de las reglas aplicables a la protección de testigo**

- 1) Origen y evolución del sistema de protección a víctimas y testigos en Chile.
- 2) Breve reseña de la discusión parlamentaria respecto a la incorporación de los testigos anónimos en el proceso penal.
- 3) Estructura procesal donde surge el problema con la reserva de identidad.

### **Capítulo segundo: Concepto de testigo anónimo y normas que regulan su aplicación**

- 1) Concepto de testigo anónimo.
- 2) Marco normativo que daría lugar a la existencia de los testigos sin identidad.
- 3) Efecto de la admisibilidad de los testigos anónimos en relación con otras disposiciones normativas.

### **Capítulo tercero: Garantías fundamentales vulneradas por la admisibilidad de los testigos sin identidad en el proceso**

- 1) Las garantías fundamentales como límites al poder del Estado.
- 2) El derecho a defensa y el contradictorio.
- 3) La igualdad ante la ley.
- 4) La presunción de inocencia.

## **Conclusiones**

## **Abreviaturas:**

MP:	Ministerio Público.
CPP:	Código Procesal Penal.
CPR:	Constitución Política de la República.
CS:	Corte Suprema.
TC:	Tribunal Constitucional.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
URAVIT:	Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos.
OPA:	Plan de “Orientación, Protección y Apoyo”.
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos.

## **“LA INADMISIBILIDAD DE LOS TESTIGOS ANÓNIMOS PARA LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL”**

**Resumen:** El presente trabajo abarca un análisis de la institución de los testigos protegidos en el proceso criminal, para luego hacerse cargo de una forma especial que puede adoptar ésta, a saber, el anonimato de los testigos. La existencia del anonimato, sostenemos, se debe a una interpretación errónea que hace el Ministerio Público de ciertas disposiciones del Código Procesal Penal, que se ha traducido en una herramienta discrecional, puesto que no se exigiría aprobación judicial para su admisión. Rechazamos la admisibilidad de ésta prueba puesto que, primero, pugna con una serie de garantías a favor del imputado, siendo la que sufre mayor detrimento la defensa y el contradictorio y, segundo, porque induce al error judicial al no producirse un recabado examen. El respeto a las garantías individuales se transforma en el principal argumento para rechazar su cabida en el proceso, no obstante, la configuración adversarial del nuevo proceso penal robustece nuestras conclusiones.

**Palabras clave:** Testigos protegidos- Testigos anónimos - Debido Proceso - Proceso Penal.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca dar respuesta a la pregunta de si el Código Procesal Penal (CPP) admite a los testigos anónimos como fuente de prueba en los procedimientos que dicho cuerpo legal estatuye. Nosotros respondemos a esta interrogante siendo enfáticos en decir que los testigos anónimos, es decir, aquellos cuya información relativa a su nombre, apellidos y demás información respecto de su persona que se encuentran vedados para la defensa, no deben ser admitidos en ninguna etapa del procedimiento, puesto que su inclusión vulneraría las garantías fundamentales del imputado, principalmente el contradictorio, visto como una garantía perteneciente al derecho a defensa; al mismo tiempo, no deben los testigos anónimos tener eficacia probatoria puesto que al inhibir el contradictorio significa, entre otras cosas, no dar cabida a un acabado contraexamen del testigo, lo que disminuye la calidad del testimonio y en consecuencia induce al error judicial, insoportable en nuestro sistema judicial que toma asiento en el Estado de Derecho; y por último, porque en ningún caso nuestra ley procesal admite el anonimato, sino que conforme se explicará en su oportunidad, sólo permite la no divulgación del domicilio del testigo.

Nuestro interés en dar esta respuesta se suscita a propósito de que existe una solución muy distinta por parte del Ministerio Público (MP), en orden de considerar que decretar el anonimato de los testigos es una facultad que recae exclusivamente en la discreción del fiscal a cargo de la causa, considerando él las circunstancias del caso se convertiría en una potestad autónoma que no requeriría autorización judicial.

Puede existir una tercera forma de responder a esta interrogante, solución ecléctica que denominamos “salida judicial” considera que sí son admisibles los testigos anónimos en el proceso penal, empero, nunca como facultad autónoma del MP, existiendo dos modalidades a esta solución: primero, la alternativa de la previa aprobación judicial, puesto que decretar el anonimato conlleva siempre la vulneración de garantías del proceso, al menos en algún grado, por tanto su adopción deberá ser fundamentada por el tribunal; y luego, la segunda alternativa entiende que podría ser admisible el anonimato en virtud de las facultades especiales de naturaleza excepcional que otorga la ley a los tribunales orales. Como se verá a lo largo de este

trabajo ésta no es nuestra postura, pero sí podríamos consensuar que es una solución, no óptima, pero preferible a la visión del MP.

Como es posible ver, en esta materia surge una tensión entre intereses contrapuestos, y es por esto que existen dos aristas que el ordenamiento jurídico propende a resguardar en mayor o menor medida, teniendo el interés público situado en ambas esquinas. Primero tenemos la necesidad de protección de la integridad física o psíquica de los testigos y el interés por la represión del delito, mientras que también está el imperativo del respeto por las garantías fundamentales del imputado, en orden a poder defenderse de quien aporte información perjudicial en el proceso criminal que se sigue en contra de este. Estos intereses se encuentran representados respectivamente por el MP y los testigos por un lado; y el imputado y su defensa por el otro. A su vez, podemos afirmar que existe un tercer interés público en juego, ya que el Estado representado por los tribunales busca obtener que en el juicio la prueba se rinda con la mejor calidad posible de información que sobre los hechos se pueda vertir, con esto se busca disminuir al máximo la posibilidad de condenar a un inocente, es por eso que la judicatura debe velar por el pleno cumplimiento del contradictorio.

Para desarrollar nuestra tesis pusimos a disposición del lector tres capítulos y sus respectivos apartados. Comenzaremos en el primero por retratar el origen y evolución del sistema de protección que existe en Chile, puesto que el anonimato de testigos, se cree, pertenece a ésta esfera, es decir, estaríamos frente a una relación de género y especie, inscribiéndose en ésta última el anonimato.

Los testigos en el procedimiento penal, como sabemos, tienen una relevancia trascendental en el mismo, inclusive, con fines ilustrativos algunos expresan que mientras en el procedimiento civil la prueba que “reina” es el documento, en el proceso penal, en cambio, es el testigo. Por esta importancia, y sumado al interés por potenciar el proceso penal como método de solución de conflictos, permitió el desarrollo de la protección de éstos, de este modo se entiende mejorar la posibilidad de alcanzar los fines que persigue el proceso.

¿Por qué los testigos necesitan protección? dicha necesidad apunta a que rendir testimonio en un proceso, sobre todo contra el imputado, puede generar peligro para el testigo, ya que toda vez que este al ser un acto que ayuda a sustentar el reproche penal que encarna en

nuestro medio el MP, puede llegar a frustrar el ideal de absolución o atenuación de responsabilidad del acusado, lo que puede traducirse en violencia, presiones o represalias. Creemos que existen otros medios de protección menos gravosos que considerar antes de llegar al sumo extremo de la reserva de identidad; de no tomar ese criterio de acción se corre el riesgo de que el anonimato se vuelva una estrategia procesal que beneficia a la fiscalía en consecución de los fines que le son propios y no sea en realidad una preocupación institucional por la integridad del individuo que depone en audiencias.

Luego, en el segundo capítulo partiremos por adoptar una definición del testigo anónimo, para después desarrollar la ubicación normativa de la institución y si bien hemos agrupado el anonimato de testigos como una medida de protección, debemos aclarar que ésta medida en realidad no existe expresamente en ninguna parte de la normativa común y veremos cómo llega el MP a la conclusión de su existencia, pero debemos adelantar que en realidad es una ficción interpretativa que ha generado el MP a partir de algunas disposiciones del CPP y por la aceptación de dicha interpretación por parte de algunos tribunales y defensores al no reparar en sus efectos para el imputado. Creemos que de observar dichas disposiciones a la luz de una lógica adversarial, además de hacer patente la vulneración de las garantías y derechos fundamentales, veríamos que no queda otra opción que rechazar dicha institución como regla ordinaria o herramienta discrecional del fiscal. Pasaremos aquí también revista a cómo ésta institución podría entrar en colisión con otras instituciones del ramo, por ejemplo, con la duda razonable como estándar probatorio, la libre valoración de la prueba y el límite que le impone las máximas de la experiencia, y la utilidad que trae la cautela de garantías, la exclusión de la prueba ilícita y el recurso de nulidad frente a la necesidad de su rechazo como prueba obrante en la causa.

En el tercer capítulo desarrollaremos los distintos derechos fundamentales que se encuentran en favor del imputado, como ya hemos dicho, constituye el argumento clave para rechazar la admisibilidad de los testigos anónimos para la defensa puesto que ¿Cómo nos defendemos de lo que nos acusa alguien sin conocerle siquiera? El debido proceso evidentemente no da lugar.

El contradictorio es el principio que no podemos perder de vista a la hora de tratar esta materia, puesto que materializado en el contraexamen, el hecho de no saber la identidad del testigo apareja una alta posibilidad de no poder desvirtuar la veracidad del testimonio al no conocer los lazos, intereses o la calidad de cómo se impuso de los hechos, cuestiones que cobran suma importancia en un sistema de libre valoración de la prueba. La igualdad ante la ley se esfuma, puesto que el anonimato convierte a la prueba testimonial en una prueba privilegiada, puesto se encuentra blindada sin contraexamen que pueda desbaratar su idoneidad; generando un “juego” con ventaja a favor del MP. Ahora, la presunción de inocencia, no como regla de trato, sino como regla probatoria impone que sólo sirve para dejar en entredicho la condición de inocente la prueba que cumple con las garantías mínimas del proceso y cuando es rendida bajo reglas procesales que determina la ley, siendo en consecuencia también afectada por la admisibilidad de testigos sin identidad. Este capítulo pasa a ser el argumento definitivo para poder descartar la procedencia de esta forma de protección.

Finalmente desarrollamos las conclusiones en que reiteramos que nuestro entender es el absoluto rechazo a la institución, pero de proceder, debe ser la última en utilizarse y nunca debe estar bajo la discreción de la fiscalía, sino que debe a lo menos ser aprobada por el tribunal, bajo una resolución fundada.

Por último, cabe hacer presente que en adelante trataremos el anonimato que existe en la normativa común del proceso penal, no así el anonimato que se encuentra en leyes especiales como la ley sobre responsabilidad penal adolescente, la que sanciona conductas terroristas o la ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes, puesto que en estos ejemplos existe una gran diferencia en el fundamento de la política criminal que sustenta la institución, cuestión que promueve una intensa argumentación tras existir otros bienes jurídicos en peligro. Sin perjuicio de esto, los argumentos esgrimidos aquí respecto a las garantías fundamentales como las conclusiones que extraemos sobre la admisibilidad en el proceso de éste tipo de prueba son un fértil abono para el debate sobre cómo se configura esta institución en el derecho sustantivo y adjetivo de tipo especial.

# **CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTOS DE LAS REGLAS APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS**

Comenzaremos hablando del origen de la protección en nuestro país, para luego en el capítulo siguiente analizar en detalle las normas que son objeto de estudio de este trabajo, a saber, trataremos de responder a la pregunta ¿Cómo es que el CPP autoriza la existencia de testigos anónimos? Presentaremos los orígenes de la protección, sobre los cuales comienza a construirse la relación entre ésta y la idea del anonimato, reconociendo entre ellas una relación de género y especie. Hacemos hincapié en señalar que existe una solución de continuidad entre el antiguo código y el nuevo, puesto ninguno ha contemplado de forma expresa la reserva de identidad de los testigos. Destacamos la labor del MP y el Juez de Garantía en atención a los problemas que pueden suscitarse entre éstos a la hora de autorizar el uso de testigos anónimos y, posteriormente, analizaremos de qué manera se debería desarrollar esta idea del anonimato como medio probatorio en el procedimiento, de considerar a éste admisible.

## **1) Origen y evolución del sistema de protección a víctimas y testigos en Chile**

El procedimiento penal antiguo, anterior a la reforma que rige nuestro actual sistema, no contaba con un sistema que brindara protección a las víctimas y testigos que participaban en éste; sólo algunas disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Penal graficaban la preocupación del legislador de otorgar una mínima cautela a los “perjudicados” por un delito y a los testigos, las que finalmente fueron introducidas en su mayoría en los últimos años anteriores al término de su vigencia (Barra Jofré, 2013: p.45). Estas formaron parte de las primeras normas de protección de testigos en el procedimiento penal que surgieron en nuestro sistema.

Así, en los artículos 6° y 7° del citado texto, en su versión aprobada por el Decreto N°733, de 23 de julio de 1996, se brinda protección a los “perjudicados” dentro de las primeras diligencias de instrucción del sumario. Las normas anteriores son las únicas disposiciones que se

pueden asimilar a una norma de protección a las víctimas de un delito, identificando a ésta con el vocablo “perjudicado” (Barra Jofré, 2013: p.46).

En relación a los testigos, el artículo 189 del mismo cuerpo legal aludía a la protección de éstos en relación a la *reserva de identidad*. Ésta disposición señalaba en su inciso segundo que: “*Todo testigo consignado en el parte policial, o que se presente voluntariamente a Carabineros de Chile, a la Policía de Investigaciones, o al tribunal, podrá requerir de éstos la reserva de su identidad respecto de terceros*”; a su vez, en su inciso final señalaba: “*Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces fueren necesarias.*” Esta norma fue incorporada el año 1991 por la Ley 19.077 (Barra Jofré, 2013: p.46-47), configurando de esta manera, como dijimos anteriormente, los primeros atisbos de medidas de protección de los testigos, pero sin señalar expresamente la reserva de identidad o anonimato, tendencia que seguirá presente en el nuevo CPP. No hay que dejar de destacar que esta incipiente regulación ya incluye al juez como un actor principal en la decisión y el control de la reserva de identidad.

La reforma trajo consigo una profunda transformación en la forma de hacer justicia, el cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y el surgimiento de nuevas instituciones y roles. El estatus de la víctima cambia radicalmente, pasando a ser un interviniente y claro sujeto de derechos. El Estado deja de buscar de forma exclusiva la realización del poder penal e incorpora como fin el respeto de los derechos del imputado y de los demás intervinientes (Rojas Valdebenito; Rojas Aguirre, 2003: p. 133). Los testigos ven mejorada su situación al establecerse la obligación constitucional y legal de brindarles atención y protección junto a las víctimas. De esta forma la Constitución Política de la República (CPR), en su artículo 83, entrega al MP la labor de proporcionar la protección a las víctimas y los testigos.

La ley 19.640, Orgánica Constitucional del MP en su artículo 1º, dispone en términos similares al artículo 83 de la CPR que al MP “... *le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos*”. Por su parte, el artículo 20º letra f) crea la División de Atención a las Víctimas y Testigos destinada a velar por el cumplimiento de las tareas que se les

encomienda al MP para estos casos, y en su artículo 34° letra e) establece la misma labor a nivel regional.

En el año 2008, un profundo análisis al sistema que imperaba tras la reforma, permitió ver que uno de los aspectos a tratar, era la necesidad de otorgar una mejor cobertura en la atención a los usuarios, la que correspondía al trabajo especializado de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT). Por otro lado, existía una gran diversidad en la manera cómo se relacionaban las fiscalías con los usuarios. Es por esto, que la División de Atención a Víctimas y Testigos formuló un nuevo plan de protección conocido como OPA, cuya sigla significa, “Orientación, Protección y Apoyo”, el cual tiene dentro de sus principios orientadores: la participación de las víctimas, su calidad de intervinientes; la discriminación positiva; la transversalidad, como una responsabilidad para todos los fiscales; la eficiencia y la eficacia (Barra Jofré, 2013: p.62-63). Es así como las URAVIT se volvieron un pilar fundamental en el desarrollo de la protección por parte del MP.

Esta nueva reforma trae consigo un importante cambio en la estructura, puesto que tiene en su base el establecimiento de un Consejo Regional de Protección de carácter técnico especializado en cada una de las fiscalías regionales, para así asesorar a los fiscales regionales en las decisiones relativas a los casos complejos, donde exista eventualmente la necesidad de protección. Dentro del proceso de protección se encuentran determinados principios entendidos como mandatos de optimización de conductas que tienen por finalidad orientar la aplicación que se debe dar al contenido del proceso de protección y las actuaciones que se deben realizar dentro de aquel (Pérez, 2011: p. 93). Tomando en cuenta los cambios estructurales y los principios del OPA, el proceso de protección para casos complejos podemos extraer los principios que guían este nuevo modelo de protección destacando la reserva y confidencialidad, la temporalidad, la voluntariedad, la proporcionalidad y la subsidiariedad.

Si bien, el camino recorrido desde las primeras formas de protección contempladas en el antiguo código hasta las modificaciones tanto estructurales como normativas que se hicieron necesarias tras la reforma configuran un avance significativo en relación a protección de los testigos en el proceso penal, existe una continuidad en la idea de no considerar expresamente el anonimato como una medida de protección, refiriéndose en término amplios a éstas. Todo lo

anterior nos hace ver que existió y sigue existiendo una desconfianza por parte del legislador por la figura de los testigos sin identidad, medida que no ha estado exenta de polémica.

## **2) Breve reseña de la discusión parlamentaria respecto a la incorporación de los testigos anónimos en el proceso penal**

En el Proyecto Original de CPP presentado por el Ejecutivo al Congreso, el contenido de la acusación estaba regulado en el artículo 347, el que no contemplaba la posibilidad de omitir los datos personales de los testigos, tal posibilidad fue incorporada en el Segundo Trámite Constitucional. Sobre las razones de dicha incorporación, refiriéndose al deber de individualizar a los testigos en la acusación, se señala que *“Respecto de la prueba de testigos, la Comisión estimó necesario hacer una salvedad en la individualización de los testigos respecto de aquellos que se han acogido a un sistema de protección.”*. A partir de tal indicación, el inciso segundo del entonces artículo 329 adquiriría la misma fisonomía del actual artículo 259, intercalando la frase *“...salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 178.”* (actual inciso segundo del artículo 307). Cabe destacar que dicho artículo 178, en el proyecto original del Ejecutivo estaba contenido en el artículo 217, que presentaba una regulación que correspondería a los actuales artículos 307 y 308. (Ríos, 2010: 55)

Este artículo 217 comprendía dos incisos, a saber, el tercero y el cuarto, los que fueron suprimidos durante la tramitación de la ley. El inciso tercero, luego de que el inciso anterior permitiera a los testigos no indicar su domicilio en iguales términos que el actual artículo 307, planteaba precisamente la posibilidad de autorizar a los testigos a no responder en el juicio oral a las preguntas relativas a su identidad y esto conforme a una regulación bastante más precisa y exigente que lo que hacía en su inciso anterior respecto de la posibilidad de omitir el solo domicilio.

Respecto de la supresión de tales incisos, en el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se señaló respecto de ese artículo (que a esas alturas había pasado a ser el 213), que:

*“El artículo 213, relativo a la individualización del testigo, en cuanto establece el secreto de la identidad de un testigo, cuando pudiere significar peligro para éste o para otra persona, fue cuestionado, porque la experiencia ha demostrado que los testigos secretos se prestan para venganzas personales. Si se está actuando en un procedimiento oral y abierto, en donde el juez puede optar por otras medidas, por ejemplo, impedir ingreso al público, no parece razonable mantener el secreto de la identidad del testigo, porque afecta la transparencia e induce al abuso de la norma.*

*Hoy en día, el secreto de la identidad del testigo dura exclusivamente hasta el término del sumario. Suponer que se mantendrá la validez del testimonio de una persona que se niega a identificarse y dar a conocer su identidad en el juicio oral final pudiera significar una indefensión absoluta hacia el afectado.*

*En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los testigos se pesan, no se suman; por lo tanto, lo que vale es la calidad del testimonio. Si se le han restado la identidad y sus antecedentes como elementos de la calidad al testigo, se presta para que dos personas, bajo el pretexto de la identidad falsa, se pongan de acuerdo para acusar a una persona de un hecho y ésta nunca podrá desvirtuarlo, lo cual excede con creces los objetivos del secreto del testigo. El inculpado tiene pleno derecho a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes. El derecho a defenderse es un principio consagrado en la Constitución.*

*Se aprobó el artículo con la supresión de sus incisos tercero, cuarto y quinto.*

*Lo anterior no obsta, por aplicación del inciso final, a que el tribunal, en casos graves y calificados, pueda disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite.*

*Sin perjuicio de ello, debe recordarse, además, que por imperativo constitucional, al ministerio público le corresponde la adopción de medidas para proteger a los testigos.”(Historia de la Ley 19.696)*

Esto resulta de vital importancia para comprender la actual remisión del artículo 259 al inciso segundo del artículo 307 del CPP.

En definitiva, el articulado del CPP salió de la Cámara de Diputados con un contenido que privilegió ampliamente la contradictoriedad del juicio y la situación del acusado. Sin embargo, dicho contexto variaría en la tramitación del proyecto en el Senado, pues allí se incorporó la referencia que ha permitido en la actualidad dar cabida a los testigos reservados.

Resulta patente la incongruencia que se produjo en la tramitación del proyecto, puesto que en la Cámara de Diputados se suprimió los incisos tercero, cuarto y quinto con el objeto de disponer de un sistema que privilegiara la situación del imputado y la calidad de la información aportada en juicio. El Senado, sin embargo, para permitir la omisión de los datos de individualización de los testigos en la acusación, realizó la referencia a la única limitación expresa que quedaba a la publicidad del juicio (omitir la indicación pública del domicilio del testigo) que presentaba un estándar mucho menos exigente y desarrollado. En otras palabras, si la Cámara de Diputados, no hubiese suprimido dichos incisos, la referencia del Senado probablemente se hubiere realizado a todos ellos, con lo cual hubiese habido claridad respecto de las mayores exigencias tanto para el supuesto mismo que hace procedente la reserva de identidad como para la metodología de adopción de la misma, que necesariamente requería de una resolución fundada de parte del tribunal, previo a un interrogatorio directo al testigo para evaluar la credibilidad de los motivos por los cuales solicitaba dicha medida. Todo ello con un agregado: si esas eran las exigencias para una medida limitativa de la publicidad del juicio, tanto más debían ser para una medida orientada a limitar el ejercicio del derecho a defensa de los imputados (Ríos, 2010: 62).

Más aún incongruente pareciera ser la remisión realizada por el Senado, si consideramos que, posteriormente, tratándose de la norma del artículo 307, el Segundo Informe de su Comisión de Constitución del mismo Senado, señala que “La Comisión coincidió en que la fórmula contemplada en el inciso segundo, en orden a reservar la indicación pública del domicilio del testigo, esto es, frente a terceros, no a los intervinientes, respeta la contradictoriedad de la prueba, pero al mismo tiempo se hace cargo del riesgo para su seguridad.”. Este comentario da cuenta de la importancia para el Senado de preservar la contradictoriedad de la prueba, aclarando de paso que esta norma está pensada para afectar a terceros al juicio y no a la defensa. Sin embargo antes, el mismo Senado, había optado permitir la omisión de los datos personales de los testigos en la acusación. Este comentario es de la máxima importancia pues reafirma la

importancia de que las necesidades de protección de los testigos deben ser compatibilizadas con la contradictoriedad de la prueba. (Ríos, 2010: 62-63)

En suma, hemos visto que la historia de la ley tiene una utilidad limitada para comprender el sentido de la remisión del artículo 259, pero es un antecedente muy importante para entender la complejidad de la normativa referente a los testigos sin identidad. Una serie de incongruencias en el proceso de formación del nuevo código del ramo hacen pensar que, más allá de apreciar un claro interés del legislador por proteger el contradictorio, al acusado y el debido proceso, ha perdido fuerza en la tramitación del proyecto en el Senado, al incorporar la referencia que ha permitido en la actualidad los testigos reservados.

### **3) Estructura procesal donde surge el problema de la reserva de identidad.**

Nuestro actual procedimiento penal, frente a un delito que revista cierta entidad, existiendo la posibilidad de una agresión contra los testigos (aún a la víctima o peritos) el MP podrá proteger a este testigo no indicando su identidad (que como veremos lo puede hacer en dos oportunidades). Esta medida tiene un doble fin institucional, por una parte, el MP cumple con su obligación, que ya analizamos, de otorgar protección tanto a la víctima, testigos o peritos frente a una amenaza a la integridad de los mismos. Luego, con la protección, el organismo al cual el Estado encomienda su concreción busca cumplir con una política pública dando una señal, consistente en dejar en claro a la ciudadanía que al colaborar en dilucidar los hechos por medio de prestar su testimonio, no correrán peligro frente posibles agresiones del imputado o sus simpatizantes. Esto generará confianza en el testigo al colaborar con la obligación institucional de MP en la persecución de delitos.

El problema principal de este trabajo nace a partir de lo prescrito en el artículo 259 del CPP y su posterior relación con el artículo 307 del mismo cuerpo normativo, puesto que la remisión del primero de ellos al segundo, le permite al MP disponer de manera autónoma la reserva de un testigo, es decir, no requeriría de autorización judicial para su materialización, tal como lo dispone el Oficio 337-2003 del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, del 11 de julio

del 2003: *“Cuando el fiscal estimare, en virtud de las consultas que le hiciere a la víctima y de la evaluación que efectuare o de la sugerencia de la Unidad en su caso, que existen indicios de hostigamiento, amenazas o de probable atentado, adoptará una medida autónoma de protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad de la víctima o su familia (art. 78 inciso 2° letra b) del CPP). Cuando la policía le hubiere brindado protección en virtud del art. 83 letra a) del CPP el fiscal podrá mantener dicha protección o adoptar otra medida que resulte adecuada.”* Pudiendo optar, como señala la misma circular, por la *“Reserva de la identidad de la víctima y de los antecedentes que conduzcan a la misma, durante la investigación”*.

Todo esto, sin perjuicio que la defensa pueda reclamar ante el Juez de Garantía argumentando que se vulnera un derecho del imputado. El MP suele fundamentar esta postura en base a una interpretación armónica y sistemática de los artículos 259, 307 y 308 del CPP y, desde luego amparándose en el deber constitucional del MP respecto de las víctimas y de los testigos del artículo 83 de la CPR, el que se reitera en el artículo 1 de la Ley N° 19.640 y en los artículos 6 y 78 del CPP (Ríos, 2010: p.52).

Cómo es posible ver, esta técnica no sólo favorece con el cumplimiento de la función pública de la institución, sino que es una técnica que si se traduce en la forma del anonimato, se convierte en una herramienta sin control por parte del MP. Veremos a lo largo de éstas líneas que dentro del litigio, en virtud de la interpretación ambigua e insuficiente del inciso 2° del artículo 307, se deja en desigualdad de posiciones a la defensa, puesto que es una prueba cuya tarea de desvirtuación es muy compleja, si es que no imposible.

Al otro extremo de esta estructura procesal tenemos a la defensa y al imputado, los cuales se encuentran ávidos por entrar en conocimiento de la mayor cantidad de antecedentes contenidos en la investigación que constituyan prueba de cargo, como de aquellos datos que puedan atenuar o excluir su responsabilidad, con el objeto de preparar una teoría del caso satisfactoria a estos intereses. Al respecto, y a lo que nos interesa referirnos es a un particular tipo de prueba que la defensa espera recibir pronta noticia, a saber, el testimonio y su autoría.

En este orden de ideas, y siguiendo la misma idea de la circular antes mencionada, la defensa requiere de la completa individualización del testigo, ya que la contradicción que se generará en el juicio oral no versará solamente sobre el contenido del testimonio, sino que

además recaerá el contraexamen sobre la fuente misma de la prueba, es decir, en la calidad del testigo, lo que redundará en determinar su veracidad o los intereses comprometidos en su declaración, lo que en definitiva cumple un rol capital en nuestro actual sistema de enjuiciamiento basado en la libre valoración hecha por el tribunal. Siguiendo esta línea, y como lo veremos más adelante, el MP dispone de un listado de medidas de protección autónomas para las víctimas y testigos, tales como: tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación física de la víctima en determinadas actuaciones de la investigación; entregar a la víctima algún mecanismo portátil de protección, tal como teléfono celular o una alarma sonora; tramitar en la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio de la víctima; tramitar en la compañía de teléfonos respectiva un número telefónico privado para la víctima; provisión de dineros o pago de prestaciones destinadas a la protección (pago de traslados, mejoramiento de seguridades básicas del hogar, etc.), entre otras.

Creemos que la mayoría de los ejemplos anteriormente anotados conducen a consecuencias notoriamente menos gravosas para el correcto ejercicio del derecho de defensa del imputado; con esto queremos decir que el anonimato, de considerarlo una prueba admisible en el proceso penal, debe ser la última de las medidas que deben adoptarse (Por el tribunal que corresponda en el proceso a nuestro juicio, y no autónomamente por el fiscal) para así permitir que exista un intenso contradictorio, (beneficiando la calidad de la prueba rendida en el proceso.

Continuando con el análisis de esta estructura procesal, tenemos por otro lado al MP y los testigos que desean entregar la menor cantidad de información posible, puesto que como vimos, el fiscal busca proteger a sus testigos con el fin de que comparezcan a la audiencia de juicio oral sin temor. Para el testigo, la razón radica en que es él el principal interesado en que su participación en el proceso no le signifique un riesgo o peligro; por otro lado, reiteramos que al MP, por una razón práctica y como órgano responsable de la persecución penal pública, le resulta de interés transmitir a la sociedad que ir a declarar en juicio en contra de un imputado no resulta peligroso. Otra vez, como explicamos, los imputados y la defensa desearan conocer la mayor cantidad de información posible respecto a la identidad de los testigos de cargo, pues ello les brinda mayores recursos para intentar desacreditar al testigo o a su testimonio (Ríos, 2010: p. 48-49).

Los juzgados de garantía se ubican en un lugar equidistante de los demás sujetos. Sin embargo, también tienen intereses propios, principalmente, la necesidad que la información proporcionada o producida en el juicio sea de buena calidad, para que así la decisión que se adopte en la sentencia tenga las mismas características. En un sistema adversarial, la forma en que se intenta garantizar la calidad de la información proporcionada en el juicio es dotando a las partes de las mayores herramientas para contrarrestar la información de la contraria. Por lo que exista un intenso contradictorio, no sólo es positivo y favorable para los intereses de cada parte, es también un interés sistémico cuya protección está encargada a los tribunales (Ríos, 2010: p.17).

En suma, en esta mirada a la evolución del sistema de protección de testigos en nuestro proceso penal se puede apreciar un notorio cambio estructural tras la reforma en atención a los organismos encargados de la cobertura y la atención a los testigos, pero se ha mantenido la tendencia del legislador tanto en el sistema antiguo como en el que impera en nuestros días, a evitar el uso expreso de la figura del anonimato, distinguiendo éste de la protección tal como si fuera una relación de género y especie. Es por esto que, en virtud de una interpretación ambigua, insuficiente y tendenciosa de la normativa por parte de los órganos encargados de la persecución penal, los cuales en su búsqueda de satisfacer el interés público en la represión del delito y al ser un órgano de la administración se mantienen alejados de la imparcialidad que brindan los órganos jurisdiccionales, dejan en desigualdad de posiciones a la defensa, puesto que es una prueba cuya tarea de desvirtuación es muy compleja. Por lo tanto, el anonimato no ha podido armonizar fácilmente los derechos de estas partes. Por un lado hay que considerar el derecho del testigo a su vida e integridad, que se traduce en la posibilidad de poder declarar libremente en juicio y que ello no signifique un riesgo para su vida e integridad; desde otra perspectiva, está el pleno ejercicio del derecho a defensa por parte del imputado; y a ello, debemos sumar el interés del Estado en la persecución penal.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: CONCEPTO DE TESTIGO ANÓNIMO Y NORMAS QUE REGULAN SU APLICACIÓN**

### **1) Concepto de testigo anónimo**

Para poder entender claramente lo que trataremos en los capítulos siguientes es necesario dar un concepto sobre los testigos protegidos, puesto que queremos aclarar respecto a qué específicamente nos estamos refiriendo. De este modo, podemos distinguir entre testigos ocultos y testigos anónimos, siendo el primero aquel al cual no se le puede reconocer físicamente, mientras que los segundos “serían aquellos cuya verdadera identidad, esto es, nombre y apellidos, domicilio y otros datos personales permanecen ocultos” (Miranda, *et al.*, 2012: p. 83).

Si bien nosotros ya hemos dicho que la protección es el género y el anonimato la especie, desde ahora utilizaremos como sinónimos la voz testigos protegidos, secretos u ocultos, identificándose éstos con lo que hemos definido recién como *testigos anónimos*, puesto que, si bien nos referimos anteriormente a todo el aparataje de protección que brinda el Estado, nuestro emprendimiento que a continuación desenvolveremos quiere abocarse únicamente a este especial tipo de protección, cuyo rótulo más estricto es el anonimato, no obstante, no queremos que para el lector se transformen cuestiones de nomenclatura un entorpecimiento en su avance.

### **2) Marco normativo que daría lugar a la existencia de los testigos sin identidad**

En esta parte del trabajo se concentra principalmente el origen normativo que albergará a la institución de los testigos anónimos en Chile, y como introducción a esta parte debemos anticipar, antes de escudriñar el problema, que la utilización de los testigos anónimos en la forma que se explicará a continuación es una creación que ha hecho la práctica judicial a partir de la interpretación (errónea a nuestro juicio) que hace el MP a ciertas disposiciones del CPP, a saber, del artículo 259 que habla sobre el contenido de la acusación, y la remisión que hace éste al

artículo 307 referente a la individualización del testigo en audiencia. A su vez veremos que también se considera al artículo 308 como fuente de este método especial de protección.

El artículo 259, denominado por el código del ramo como “*contenido de la acusación*”, prescribe que si el MP se valiere de prueba testimonial para sustentar el acto procesal de atribuir cargos al imputado, deberá para tal efecto presentar una lista de testigos, “...*individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia [...]*”.

Haremos una breve pausa para cavilar sobre un punto que es de suma importancia, el cual es saber del modelo del sistema penal que inspira las exigencias del contenido de la acusación, al igual que a otras disposiciones relacionadas. En su concepción, el legislador toma en consideración que desde las primeras actuaciones del procedimiento el imputado tiene derecho a conocer la prueba que existe en su contra, para que desde temprano pueda componer su defensa, la que luego llevará al juicio. Lo anterior se desprende claramente del artículo 182 del CPP, que asegura a los intervinientes en el proceso el acceso libre a todos los registros de la investigación, materia prima elemental de la defensa. Ésta norma, al igual que la que prescribe el contenido de la acusación (entre otras), contienen un engranaje elemental que da operatividad al sistema acusatorio, a saber el denominado *Discovery* o descubrimiento, tiene entonces por objeto “a) evitar la producción de prueba sorpresiva, para la cual el contendor no esté preparado, y b) colaborar con la defensa por vía de darle a conocer pruebas que pueda utilizar a su favor” (Tavolari, 2005: p. 94).

A lo que se está refiriendo el legislador a la hora de hablar del “*contenido de la acusación*” es establecer lo que constituye el mínimo con que cuenta el imputado para poder contradecir o contraexaminar dicha fuente de prueba, traduciéndose en un contenido mínimo objetivado para satisfacer con la preparación de la futura defensa (Ríos, 2010: p 54)

Luego, el problema se suscita con la continuación del precepto transcrito en cursivas, puesto que el artículo 259 continúa diciendo que tal individualización no será necesaria “...*en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307[...]*”. Luego veremos que uno de los principales problemas radica aquí, en saber a qué parte del inciso segundo se remite, pero primero presentaremos la disposición normativa.

¿Qué nos dice el artículo 307? Denominado éste por “*Individualización del testigo*”, nos dice que comenzado el juicio oral, previa a la deposición del testigo, deberá el juez presidente de la sala de juicio oral en lo penal individualizar al testigo, solicitando que se identifique según prescribe su tenor, es decir, deberá el testigo decir “...*antecedentes relativos a su persona, y en especial: Sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales*”. Aquí expresamente la ley nos dice que el anonimato sólo sería posible a partir de disposiciones contenidas fuera del CPP.

No obstante, el inciso 2° del artículo 307 anteriormente citado se pone en la situación de que la divulgación del *domicilio* del testigo irroque peligro para él u otra persona, pudiendo el presidente de la sala autorizar al testigo a no responder esa pregunta, es decir, a no responder sobre su domicilio. Luego, el inciso tercero dice que si el testigo hace uso de este derecho se impone entonces el deber de reserva de su identidad<sup>1</sup> o de los antecedentes que llevasen a su conocimiento.

Como habíamos dejado pendiente, la remisión a éste inciso es el que produce la confusión, y la errónea interpretación que lleva a cabo el MP. Es un problema que no se suscita gratuitamente, sino que se debe a la redacción poco clara de la remisión que hace el artículo 259, quedando sin saber precisamente a qué se está refiriendo y “Es precisamente este error de técnica legislativa lo que utiliza el MP para (unilateralmente y sin autorización judicial) disponer el secreto de la identidad de los testigos durante todo el procedimiento” (Werth, 2013: p. 43).

El MP sostiene la idea de que la remisión que hace el artículo 259 la hace a la voz: “...*pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona...*”. Lo que generaría la siguiente hipótesis legal: El fiscal se encuentra obligado a identificar en la acusación a los testigos de los que se valdrá en el juicio, salvo que existiera peligro para el testigo u otra persona, situación de hecho que el fiscal calificaría en forma exclusiva. Ésta posición se ha tomado por cierta y sin mayores cavilaciones tanto por magistrados como de defensores, sin ver que ésta sacrifica el

---

<sup>1</sup> Imponiendo la sanción del Art. 240 del CPC (Reclusión menor en su grado medio a máximo) al que divulgue en cualquier forma su identidad o antecedentes que condujeran a ella y en caso de que fuese un medio de comunicación social la sanción se traduce en una multa que oscila entre los 10 a 50 ingresos mínimos mensuales.

derecho a defensa del imputado, y permite al fiscal con comodidad, y lo que es más grave, sin que exista autorización judicial declarar el anonimato del testigo.

Como hemos ido anticipando, no compartimos la interpretación antes reseñada, puesto que creemos que la remisión que hace el artículo 259 hace posible omitir tan sólo el domicilio del testigo en la acusación si “...*existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona* (artículo 307 inc 2º), Esta interpretación, la correcta a nuestro entender, volvería anónimos los testigos sólo para los terceros, como prescribe el inciso tercero del 307, no así para el imputado y demás intervinientes. Entonces, lo que aquí en verdad se sacrifica es la *publicidad* del juicio oral y nunca la posibilidad del *contraexamen* “porque en este último caso se afectaría el derecho del imputado a controvertir su credibilidad y todos aquellos aspectos ligados a los móviles del testigo en prestar declaración o aspectos personales vinculados al origen de la información obtenida” (Horvitz, López, 2004: p. 282). La prohibición respecto a la identidad se refiere a fuera de juicio, y en este sentido el tribunal podrá tomar las medidas contempladas en el artículo 289 del CPP para preservar la reserva<sup>2</sup>. Sacrificar la publicidad es la solución correcta, puesto que este principio tiene menos valor cuando existe una amenaza contra el testigo

Una postura jurisprudencial que concuerda (CS, segunda sala, rol 2921-11)<sup>3</sup> con la interpretación que hemos venido criticando, impide que el juez verifique si el peligro cumple con el estándar exigido por el legislador, puesto que admitirla se traduce en dar plena discrecionalidad al fiscal para que en la acusación vele a su testigo sin necesidad de requerir la

---

<sup>2</sup>“...el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesaria para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiese tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por ley: a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia. b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas y c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante del desarrollo del juicio”.

<sup>3</sup> “VIGÉSIMO NONO: Que el cuerpo procedimental del ramo reglamenta los testigos protegidos o con reserva de identidad en los artículos 307 y 308, y allí el legislador dispone que los dichos del testigo comienzan con su individualización completa, sin perjuicio de las excepciones contempladas en leyes especiales, para luego hacer una precisión relativa al domicilio del declarante y la necesidad de que siga en reserva si la revelación pública del mismo entraña peligro para él o para otra persona; y aun cuando el párrafo segundo se remite sólo al domicilio, el tercero, comprende también su identidad, al prohibir y penalizar la divulgación en cualquier forma de la individualización del sujeto cuando se ha hecho uso de ese derecho”. “TRIGÉSIMO PRIMERO: Desde ya los preceptos de la Ley N° 18.314 no son tan disímiles a las comunes del Código Procesal Penal, dado que todos facultan la protección de un testigo” (Refiriéndose al anonimato).

autorización judicial, de modo que no se vulneren los derechos del imputado innecesariamente. Sabemos al respecto que el tribunal de garantía es el ente encargado por la ley de velar por esa misión.

Nosotros rechazamos la admisibilidad de los testigos sin identidad en la normativa común, como hemos dicho aquí, porque no existe una regulación expresa en la ley, y como explicaremos más adelante, porque vulnera garantías fundamentales, visión que ha tenido en parte respaldo jurisprudencial (STC rol 2656-14)<sup>4</sup>. No obstante, podemos consensuar que exista una postura ecléctica preferible, que podríamos denominar como la “salida judicial”, en orden a considerar que puede haber anonimato, siempre y cuando sea a petición de parte, al tribunal de garantía tratándose de las etapas tempranas del procedimiento o posteriormente en el juicio, puesto que "El Tribunal de Juicio Oral es el que debe valorar siempre la necesidad de mantenimiento del anonimato del testigo, como manifestación del juicio de proporcionalidad, teniendo en cuenta, por un lado, el riesgo para su vida y/o integridad y, por otro, las exigencias derivadas del derecho de defensa del acusado, sin que ello pueda quedar exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal" (Miranda, *et al*, 2012: p. 91).

Esta interpretación pretende ser coherente a su vez con lo que dispone el artículo 308 del CPP, denominado como “*Protección a los testigos*” dado que este permite al tribunal, en casos graves y calificados, pueda disponer medidas especiales destinadas a proteger al testigo que lo solicite, siendo estas medidas temporales y esencialmente revocables. Esta línea argumentativa cree que a partir de aquí sí es posible declarar el anonimato del testigo, por medio de una resolución judicial fundada. Nosotros agregamos que debe esta resolución que acceda al “velo” pronunciarse con miras al desarrollo del proceso, que contenga medidas paliativas a la desigualdad de armas, y que estén orientadas a morigerar el derecho a defensa pero sin anularlo o

---

<sup>4</sup> “VIGESIMOTERCERO: Que el legislador no ha previsto una regulación especial para la medida protectora de reserva de identidad de testigos que ella sólo cuenta con un estatuto propio en las leyes especiales sobre terrorismo y narcotráfico antes citadas. Por los mismo, la decisión recaída en la protección de un testigo o, en su caso, la revisión de lo resuelto por el Ministerio Público, se radica en el juez de garantía, sin que existan medios procesales expeditos para cuestionar la decisión de dicho magistrado. En este sentido, la ausencia de una regulación especial para la medida de reserva de identidad de testigos podría resultar insuficiente para cumplir la exigencia impuesta al legislador por el inciso sexto del N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en especial en aquella hipótesis en que dicha medida resulte indispensable para la producción de una prueba testimonial que sustente un racional y justo procedimiento. Con todo, mientras el legislador no desarrolle en el CPP una regulación propia para la medida de reserva de identidad de testigos que deponen en juicio, será el juez el encargado de velar por la vigencia de todas las garantías protegidas por el artículo 19, N° 3, de la Constitución armonizando los intereses en juego en atención a las particularidades de cada caso concreto”.

hacerlo ilusorio, puesto que “El uso indiscriminado y amplio de esta medida puede afectar seriamente el derecho de defensa del imputado” (Horvitz, López, 2004: p. 292).

Según este planteamiento parece ilógico que el legislador haya querido contemplar dos normas que apunten al mismo objetivo, razonamiento que nos lleva a decir que si admitimos la existencia del anonimato en nuestra legislación, este se encuentra contemplado en el artículo 308 y en caso alguno en el artículo 307, que se refiere exclusivamente a la omisión del domicilio. El 308 en su inciso segundo prescribe que “*De igual forma, 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*”. Se suele argumentar que esta disposición se encontraría en armonía con la obligación del MP de otorgar protección tanto a víctimas como a testigos, a la cual nos hemos abocado en el primer capítulo de este trabajo, como sabemos, función a la cual hace referencia la Constitución como su ley orgánica.

Para finalizar este apartado debemos decir que el anonimato de testigos no se encuentra contemplado expresamente en el CPP sino exclusivamente en leyes especiales, puesto que la omisión que permite el artículo 307 tanto para el contenido de la acusación como para la individualización en el juicio oral es sólo el domicilio para los intervinientes y la identidad sólo respecto de terceros. Es por esto, y en razón del principio de legalidad en que toma asiento todo el derecho público chileno que debemos obligadamente decir que mientras no exista una regulación expresa que se condiga además con los derechos fundamentales del individuo, los operadores jurídicos trabajan con una figura fantasma que de paso vulnera el artículo 19 n° 3 de la CPR.

Con todo, es posible encontrar una alternativa menos gravosa, la que llamamos “salida judicial”, en orden a considerar que el anonimato es posible obtenerlo a partir del artículo 308, cuestión que debe solicitar al tribunal el MP, y si lo estima conveniente por sí sólo el tribunal, deberá hacerlo también fundadamente y con medidas paliativas a la morigeración del derecho a defensa y a la desigualdad procesal que necesariamente esta medida conlleva.

### 3) Efecto de la admisibilidad de los testigos anónimos en relación con otras disposiciones normativas

Como hemos adelantado a lo largo de este trabajo y cuestión que explicaremos mejor en el capítulo siguiente, la admisibilidad de testigos anónimos para la defensa vulnera una serie de garantías siendo principalmente afectado el derecho a defensa. Cuando la fiscalía adopte como potestad autónoma decretar el anonimato, ya sea por medio de la interpretación del artículo 307 del CPP en combinación con el 259 o por el artículo 308, el defensor tiene a su disposición recurrir de “*Cautela de garantías*” como lo dispone el artículo 10 del código del ramo, con el cual se deberá ordenar al MP que alce el “velo”. De continuar obrando estas pruebas en la causa, no deben pasar el “cerco” que constituye en la audiencia preparatoria la exclusión de ella por su carácter ilícito, puesto que esta se ha obtenido “...*con inobservancia de garantías fundamentales*” en los términos que ya hemos ido explicando. ¿Y los testigos anónimos de la defensa? Como se ha entendido ampliamente, la ley procesal permite la admisibilidad de prueba ilícita de descargo, cuestión que se desprende del hecho que sólo puede apelar el auto de apertura el MP y únicamente por la causal de exclusión de su prueba ilícita. Al ser el MP el exclusivo legitimado para recurrir, quiere decir que la defensa puede aportar dicha prueba.

Así también el artículo 297 del mismo cuerpo legal dispone que “*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*” siendo este artículo el que pone freno también a la valoración que tienda a dar como exclusivamente fundante los testimonios protegidos, sobre todo cuando la experiencia ha dicho que los testigos anónimos no son de fiar, cuestión que también se trató en la discusión parlamentaria, ya desarrollada en el *Capítulo I*, que buscaba aprobar nuestro actual CPP, así “...*en cuanto establece el secreto de la identidad de un testigo, cuando pudiere significar peligro para éste o para otra persona, fue cuestionado, porque la experiencia ha demostrado que los testigos secretos se prestan para venganzas personales. Si se está actuando en un procedimiento oral y abierto, en donde el juez puede optar por otras medidas, por ejemplo, impedir ingreso al público, no parece razonable mantener el secreto de la identidad del testigo, porque afecta la transparencia e induce al abuso de la norma*” (Historia de la Ley 19.696).

Fundar una sentencia condenatoria en base a testigos protegidos en un procedimiento ordinario puede generar el choque con diversas instituciones de nuestro procedimiento (Fallo CIDH: *Norín Catrimán y otros VS. Chile*, considerando 252)<sup>5</sup>. Así por ejemplo, el artículo 340 inciso primero del CPP: *“Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”*. Creemos que una condena que se funde exclusivamente en testigos protegidos no puede sobrepasar el estándar de la duda razonable ante los ojos de nuestra legislación, puesto que en sí los testigos anónimos generan una duda razonable dada la imposibilidad de la existencia de un contraexamen satisfactorio, es por eso que *“Cuando la preservación del anonimato sea necesaria y resulte justificada, la declaración del testigo no debe ser la única y/o decisiva prueba de cargo para fundamentar una sentencia condenatoria”*(Miranda, *et al*, 2012: p. 93). Si entonces llegase a concretarse la condena nuestro discurrir nos llevará necesariamente al recurso de nulidad por vulneración a garantías fundamentales, es decir, el previsto en el artículo 373 letra a) del CPP.

Para concluir este capítulo sólo resta decir que el anonimato, según explicamos, no tiene consagración expresa en nuestra ley. De considerarlo admisible sólo es posible su existencia por medio de una resolución judicial fundada. Al ser admitida esta prueba cobran importancia varias instituciones atinentes reconocidas en nuestro sistema procesal, así, podemos buscar obtener que se elimine el anonimato determinado por el MP por medio de la “cautela de garantías”. De presentar el fiscal estas pruebas en la audiencia preparatoria se deberá litigar en orden a excluirla por su carácter ilícito. La valoración según las reglas de la sana crítica, admitida que sea esta prueba, presenta el límite de las “máximas de la experiencia” para coartar su influencia substancial en la motivación del fallo. No puede ser una persona condenada tomando como prueba elemental un(s) testigo anónimo, puesto que consideramos que su eficacia despierta “una duda razonable”. De concretarse la condena, el remedio procesal que resta en este *iter* es el recurso de nulidad por vulneración a garantías fundamentales.

---

<sup>5</sup> “...la Corte concluye que para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequo Pichún Paillalao”.

## **CAPÍTULO TERCERO: GARANTÍAS FUNDAMENTALES VULNERADAS POR LA ADMISIBILIDAD DE LOS TESTIGOS SIN IDENTIDAD EN EL PROCESO**

El presente capítulo desarrollará los argumentos definitivos que sustentan nuestra hipótesis de trabajo, a saber, que los testigos anónimos no pueden ser admisibles como prueba en los procedimientos penales ordinarios. En el capítulo anterior abordamos esa propuesta negando la admisibilidad de este tipo de prueba basándonos en argumentos normativos concluimos que la institución no existe en el CPP; en ese sentido fue un análisis mayormente descriptivo.

Si bien dicho desarrollo se basa esencialmente en argumentaciones desde un razonamiento lógico, creemos que no posee la suficiente fuerza si no es respaldado desde un análisis valorativo de las disposiciones normativas. Creemos por eso que este tercer y último capítulo contiene los argumentos finales para sustentar este emprendimiento, esto es, que debe rechazarse la admisibilidad de los testigos anónimos en el proceso ordinario penal por ser atentatoria con los derechos fundamentales del imputado, derechos contemplados y garantizados por la CPR y Tratados Internacionales actualmente vigentes. Adelantamos desde ya que admitir y valorar este tipo de prueba contraviene el derecho a un debido proceso, y en esa premisa vamos desglosando las garantías que se entienden consustanciales a éste derecho y viendo cómo es contraria a cada una de éstas.

Nuestro aporte aquí tiene una significación concreta y práctica que se traduce en el recurso de nulidad por vulneración a garantías fundamentales, es decir, el previsto en el artículo 373 letra a) del CPP, recurso que debe gatillarse cuando el TOP condene a una persona basándose para ello en la valoración positiva del testimonio(s) de personas anónimas para la defensa. Tener en consideración la teoría del descubrimiento, en orden de que es necesario conocer la identidad de los testigos desde la más temprana etapa del procedimiento en relación con las garantías vulneradas también será necesario para preparar debidamente el recurso incidentalmente y así no convalidar el vicio. Luego terminaremos con las conclusiones finales de este trabajo.

## 1) Las garantías fundamentales como límites al poder del Estado

Es necesario advertir, y como lo hemos hecho ya en los capítulos desarrollados, utilizaremos la expresión derechos y garantías fundamentales indistintamente, aunque bien se estima que una garantía es aquella que busca materializar o asegurar el cumplimiento de un derecho fundamental, dicho análisis excede el propósito de éstas líneas.

Partiremos ahora este capítulo por esta gran consideración, la cual es que las garantías fundamentales son el freno al poder del Estado. Bien sabemos que esto no siempre fue así, más bien se debe a la evolución política legislativa que ha tenido occidente a lo largo de los últimos siglos y que actualmente se encuentra en una clara concepción del modelo del sistema penal. Esta concepción se basa en que el ejercicio legítimo de la fuerza y consecuentemente del ejercicio del poder penal se encuentra absolutamente monopolizado por la persona jurídica que entendemos hoy por Estado.

Frente a todo aquel aparato, el cual es enorme, se encuentra el individuo solo, por tanto, es necesario poner límites al ejercicio del poder, o también conocido por *ius puniendi* soberano. Esos límites se expresan entre varias formas como garantías y derechos fundamentales. Existen un amplio corolario de garantías y derechos en materia penal que “aun en su concepción más dogmática y en sus temas más tradicionales, como son las teorías del delito y de la pena, constituyen un verdadero sistema de garantías, destinados a limitar y encauzar las posibilidades de que una persona sea castigada penalmente” (Carocca, 2000: p.34).

Antes de dar desarrollo a cada una de las garantías fundamentales que la admisión de testigos sin identidad en el proceso vulnera, debemos advertir que todas estas garantías (Derecho a defensa, contradictorio, igualdad y presunción de inocencia) emanan del debido proceso, el cual se erige como una de las más potentes garantías que dicen relación con el plano jurisdiccional, contemplándose una causal genérica en el artículo 19 número 3, inciso sexto de la CPR, interpretándose ésta como la realización del proceso a la par que se da cumplimiento de todas las garantías contempladas para el éste (Castro, 2006: p. 62). La fórmula utilizada por el constituyente hace que varias garantías queden en el desamparo porque simplemente la CPR no las contempla expresamente, teniendo que llenar el vacío la jurisprudencia como la doctrina

especializada. Viene en ayuda el artículo 5° de la misma, el cual nos permite importar las garantías desarrolladas por el derecho internacional dándoles también jerarquía máxima en nuestro ordenamiento, y que vienen a formar parte de lo que hoy se entiende por *El bloque de Constitucionalidad*, que ha venido a “paliar en parte el débil compromiso del texto original de la Carta Constitucional de 1980 con las garantías del sistema procesal” (Carocca, 2000: p. 46).

Cabe hacer presente que el hecho de que no contemple expresamente su contenido el debido proceso en nuestra constitución implica que existe entonces una causal amplia que debe ser llenada principalmente por la jurisprudencia, amparada en la doctrina y las convenciones internacionales sobre la materia. A su vez, esto implica que “es una garantía de la mayor amplitud posible, que permite corregir toda desviación procesal, no sólo atribuible al propio juez de la causa, sino que también al legislador, en este caso a través del mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes” (Espinoza, Hurtado, 2005: p. 88), esto implica que tomaría nuestro debido proceso en una cláusula residual amplia, que actúa a lo menos subsidiariamente, y es plenamente aplicable a toda etapa del procedimiento, perspectiva que es del todo útil a la hora de analizar las demás garantías, puesto que éstas tienen cabida en todo momento.

La indeterminación constitucional de todas estas garantías pertenecientes al debido proceso puede considerarse como algo positivo o negativo en los términos arriba explicados, no obsta a que exista un mínimo consenso respecto a su contenido, que vendría a componerse por la existencia de un tribunal independiente e imparcial; el *Carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado*; publicidad del procedimiento; solución del proceso en un plazo razonable; *presunción de inocencia*, y *garantías respecto del derecho de defensa del acusado de una infracción penal* (Chahúan, 2002: p. 25).

Entre los instrumentos internacionales que obligan a nuestro país tenemos, primero, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, constituyéndose como norma de rango constitucional, y que entre las varias garantías captadas en su artículo 8° contempla en el numeral 2°, letra d), el “*Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor*”, letra e) “*Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado...*” y la letra f) el “*Derecho de la defensa*

*a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener comparecencia...*”, éste último se entiende como garantía mínima por la Corte Interamericana de modo que en ésta se “materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal”(Fallo CIDH: *Norín Catrimán y otros VS. Chile*, considerando 242).

La CADH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han hecho que el sentido y alcance de los preceptos de las respectivas convenciones se hayan fijado de manera exitosa. (Rojas; Rojas, 2003: p.139). La jurisprudencia del TEDH se desenvuelve en torno al artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>6</sup>, el cual se encuentra relacionado con las disposiciones antes señaladas en la CADH.

Se suma al corolario de garantías fundamentales el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos que en su Art. 14 en el numeral 3° letra d) contempla el derecho “*A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...*”. El que viene a complementar todo el aparato de protección internacional que establecen las garantías mínimas del debido proceso.

---

<sup>6</sup> Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

## 2) El derecho a defensa y el contradictorio.

El sistema adversarial que adopta nuestro sistema de enjuiciamiento criminal tiene una significación trascendente a la hora de comprender el sistema en su totalidad. Este modelo es considerado a su vez un principio informador de las instituciones circundantes a la prueba, entendiendo por éste que ambas partes tienen el mismo derecho o igual oportunidad para producir la prueba que se valorará en juicio, a su vez que importa la oportunidad de controlarla, esto es, de contraexaminarla.

Así, si hiciéramos un análisis del conflicto normativo que examinamos en el *Capítulo II* desde una óptica que podríamos tildar “adversarial” (Ríos, 2010: p. 63) entenderíamos de mejor manera la función que cumple el contenido de la acusación, por ejemplo. Explicamos más arriba que en materia de prueba rige el *discovery* o descubrimiento, que tiene por entendido que se debe otorgar la mayor cantidad posible de información a la defensa, de tal forma se podrá cumplir con la contienda que tanto le conviene al sistema, pero ¿Por qué le conviene? Pues mejora la calidad de la información vertida en juicio, disminuyendo el yerro judicial, puesto que al conocer la defensa de todo lo que obra en contra del imputado, aún en las etapas más tempranas del proceso, aumenta la posibilidad de obtener una defensa con mayor antelación y, por tanto, de mejor calidad. Entonces, el sistema adversarial tiene la ventaja que se manifiesta intensamente en el contradictorio que veremos más adelante.

Consustancial al contradictorio y al debido proceso, de tal manera que si no se presenta no existen ambas, constituye hoy el derecho de defensa, puesto que es una garantía mínima que debe observar todo procedimiento penal que se jacte de justo o debido, siendo entonces un derecho humano, el cual obliga al Estado a actuar conforme a no vulnerarlo, o existiendo otros intereses públicos en conflicto, a lo menos a no anularlo. Su contenido más bien es necesario colmarlo de las interpretaciones que han hecho la jurisprudencia, doctrina y tomando especial interés las convenciones internacionales sobre derechos humanos que tratamos arriba, puesto que la carta fundamental sólo ha contemplado el derecho a defensa técnica (Castro, 2006: p. 63).

Dentro de lo que se ha entendido por derecho a defensa se han identificado manifestaciones del mismo pero que tratan de facetas disímiles, existiendo por ejemplo la

defensa propia, también denominada como defensa material y la defensa letrada o técnica. Ambos tipos de defensa confluyen en un mismo sentido, respecto a lo que significa el derecho a defensa en materia penal, entendiéndose éste derecho como la posibilidad de desplegar toda actividad tendiente a “poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”(Maier, 2003: p. 311).

Y así, en forma general, podemos entender como constitutivo de este derecho: a la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podría utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluyan o atenúen la pretensión acusadora.

Nosotros haremos hincapié en lo que significa el contradictorio en materia probatoria, puesto que si bien es manifestación del principio de contradicción general que inspira nuestro proceso penal, éste tiene una significación especial en materia de prueba, traduciéndose en que si se opone una prueba que perjudica a una de las partes, ésta tenga la oportunidad procesal de contradecirla y contraprobarla para efecto de desvirtuarla y mitigar sus efectos probatorios, lo que en nuestro sistema actual se traduce en el valor que le otorga el juez por el convencimiento que le irradia la probanza.

Lo que queremos decir es que un ámbito muy relevante del derecho de defensa está relacionado con la evidencia, tanto para aportar pruebas propias, como para contraexaminar la contraria. El problema que hemos ido retratando en el capítulo anterior y como hemos ido adelantando conforme avanzábamos, tiene su incidencia en este último aspecto, en el punto de contraexaminar a los testigos adversos, lo que en el derecho anglosajón se ha denominado como *derecho a confrontación (confrontation clause)*. El anonimato de los testigos genera, como sabemos, una seria complicación desde que ello impide a la defensa el no conocer quién será la persona que declare en juicio, lo que puede ser un obstáculo relevante a la hora de desarrollar el contraexamen que se vincule con la credibilidad tanto del testigo, como de su testimonio (Ríos, 2010: p. 25).

Las ideas anteriormente señaladas presentan un verdadero estándar internacional a nivel jurisprudencial, trasladando el problema de los testigos anónimos al sistema de justicia penal internacional. El TEDH ha sido un actor principal en lo que se refiere al resguardo de las garantías fundamentales. Entre los casos más importantes está el *Caso Kostovski versus Países Bajos* (TEDH, Solicitud n°. 11454/85. Sentencia Final, 1989)<sup>7</sup>, en el cual el TEDH concluyó que los testigos anónimos no fueron escuchados personalmente en el proceso.

En el caso planteado, la ausencia de estos testigos impidió a los jueces de fondo observar el comportamiento de los testigos al declarar y poder formar una opinión acerca de su credibilidad, además que los acusados no pudieron confrontarlos en aquella oportunidad. Por otro lado, se considera la imposibilidad que tuvo la defensa para poder controvertir a los testigos anónimos, quienes al no estar presentes, no pudieron interrogarlos ellos mismos en ninguna etapa del proceso. Es más, es el anonimato de los testigos, en cuanto impide a la defensa controlar la credibilidad de los mismos es uno más de los factores que llevaron al TEDH a estimar violada la garantía de un proceso equitativo. (Rojas; Rojas, 2003: p. 161). En este sentido, el TEDH declaró que *“si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes”*. (Jurisprudencia 11454/85: Párrafo 42)

En base a las anteriores consideraciones, el TEDH determinó que los derechos de la defensa sufrieron tales limitaciones, que no podía decirse que Kostovski tuvo un proceso justo.

---

<sup>7</sup> Este caso se refiere a un asalto en un banco de Baarn, Holanda, en 1982. Acá se interrogaron a dos personas bajo reserva de identidad por la policía de La Haya, uno prestó declaración ante un agente, que sí tuvo conocimiento de su identidad y poco después se interrogó a otra persona, bajo reserva. En la instrucción preparatoria, el juez interrogó a ambos testigos en ausencia del Ministerio Público, el requirente y su abogado; enviando una copia de los antecedentes a los defensores, incluida la declaración del testigo anónimo. En lugar del testigo anónimo, se citó a los jueces de instrucción y a la policía para determinar la credibilidad de los testigos, los cuales no fueron escuchados personalmente en el proceso. En síntesis, los tribunales holandeses fundamentaron la condena de este ciudadano yugoslavo en base a declaraciones de testigos anónimos a los que no pudo interrogar ni menos contradecir porque no comparecieron en el juicio oral. Solicitud no. 11454/85. Sentencia Final, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno).

Atendiendo a estos criterios y en relación a la teoría del descubrimiento, las condiciones mínimas que permiten desarrollar un contraexamen efectivo por parte de la defensa, no se agotan en la actividad que se desarrolla en la audiencia de juicio. Para que el derecho a defensa tenga un ejercicio real, a la vez que el derecho al contraexamen sea pleno y efectivo, requiere también de un trabajo fuera de la audiencia constituido por las averiguaciones mínimas que debe hacer el abogado defensor para poder preparar adecuadamente dicho ejercicio en la sala del tribunal, lo que desde ya significa conocer la identidad del testigo, cuestión que debe facilitar conforme las exigencias legales el MP. Esta necesidad, como vimos en el segundo capítulo, fue objetivizada por el legislador al determinar el contenido mínimo que debe contener la acusación fiscal, siendo en consecuencia, atentatoria contra la defensa la interpretación que ha sostenido el MP en orden determinar autónomamente, es decir, sin autorización previa del tribunal, el anonimato de los testigos. De esta falencia foral también son partícipes algunos tribunales y defensores en no reparar en su admisibilidad.

La consagración del principio contradictorio a lo largo del CPP permite, desde su lógica, la intervención del imputado en todo el *iter* probatorio en que se fundará la decisión final del tribunal, lo que permite la debida participación de éste y que la decisión no se pronuncie sólo con pruebas producidas en una sola dirección o, peor aún, en secreto y violando su derecho a defensa.

Hablar del contradictorio como un derecho presupone sostener la idea de una paridad de armas entre la acusación y la defensa dentro el proceso, y esta es sólo es eficaz si los contendores tienen la misma fuerza u oportunidades, que en el tema que nos concierne se traduce en la posibilidad de refutación o la contraprueba. Pero cuando estamos frente a la posibilidad de dictar una sentencia basándose en actos que no fueron sometidos al control de las partes, ¿Es válida la condena así aplicada? (Guzmán, 2011: p. 150). Podríamos responder a esa interrogante desde un prisma exclusivamente formal, o desde un enfoque sumamente legalista de la concepción de la función jurisdiccional, y en consecuencia responderíamos que sí, que la decisión así adoptada, mientras pudiese ser compatible con los límites a la libre valoración de la prueba, sería una decisión válida.

Mas, creemos que nuestra propuesta de trabajo escapa de ese conformismo interpretativo, y creemos imperativo dar solución a esa trascendente interrogante desde una postura dogmática procesal, queriendo ahora abarcar dos facetas que dicen relación primero, con la función epistemológica de la prueba, y segundo, una mirada deontológica, al querer responder cuál es la misión de la función jurisdiccional en el actual Estado de Derecho.

Garantizar el derecho a defensa de modo que se respete la realización del contradictorio, permite que el proceso en que se rinda la prueba ésta se encuentre sujeta a cuestionamientos que le atribuyan o le priven de valor suficiente para fundar una absolución o condena. Es decir, mientras la prueba se encuentre siempre con la oportunidad procesal de contraexaminarla, la información que extraiga el tribunal será ostensiblemente de mayor calidad, más cercana a la realidad, a diferencia de haber obtenido conclusiones a partir de pruebas que no han sido en forma alguna cuestionadas, situación en la que cae la defensa frente a no poder debatir sobre la idoneidad del testigo o la veracidad de éste al no conocer sobre su identidad. Esto se debe a cómo funciona el proceso en los hechos, dado que “Las partes llevan semanas o meses investigando la causa, cuentan con la máxima información respecto del caso (a diferencia de los jueces) y tienen todos los *incentivos* para encontrar las debilidades de la prueba de la contraparte” (Baytelman; Duce, 2004: p. 153, la cursiva es nuestra), y al hacer patente éstas debilidades al tribunal se depura la *litis* de información que no es fiable. Es por esta razón que el tribunal sólo puede valorar la prueba producida en la audiencia oral, puesto que es aquí donde existió la oportunidad de contradecirla, es decir, el único momento en que pudo producir información útil, puesto que, antes, la información aportada durante la investigación son sólo aseveraciones o declaraciones, “promesas” desde el punto de vista de la litigación, que luego en el juicio oral pueden adquirir certeza. Y reiteramos, para que la labor en juicio se desenvuelva de la mejor manera y en forma eficaz, es necesario conocer de la identidad de los testigos desde la investigación, puesto que son estos los que muchas veces detonan el comienzo de la investigación.

Al cumplir con el contradictorio no sólo se busca satisfacer con la defensa, sino que permite que se materialice la igualdad procesal que veremos más adelante, así, “En el plano estrictamente normativo la igualdad de las partes del proceso penal no tendrá mejor modo de expresarse, que respetando el principio contradictorio. Éste exige no sólo la existencia de un

imputación del hecho cuya hipótesis origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusado, al imputado y su defensor, iguales atribuciones para procurar y producir públicamente prueba de cargo y descargo, respectivamente; y, para controlar activa y personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y para argumentar ante los jueces que las recibieron y frente al público sobre su eficacia conviccional [...]”(Cafferata, 2000: p. 26).

Es en el juicio oral, presidido por la inmediatez que asiste al tribunal, en que se puede, por medio de una eficaz defensa y de una certera confrontación de intereses contrapuestos, apreciar en la prueba, en su estado “puro”, todas “las limitaciones de percepción, el interés, la subjetividad, los prejuicios, las incompetencias, el deseo de ocultar las propias limitaciones y de exaltar las propias capacidades, las limitaciones de los órganos de percepción del cuerpo humano y de memoria, y así por delante, sería sin duda posible enumerar muchas características de las personas que hacen que sus versiones tengan problemas de confiabilidad” (Duce; Riego, 2007: p. 386), cuestiones que deben considerarse en la preparación del contraexamen del testigo, y que el anonimato dificulta o imposibilita de lleno.

Hay quienes sostienen que si el tribunal conoce de la identidad de las fuentes de prueba, es decir, la identidad de los testigos, sería esta medida un paliativo a la morigeración que provoca esta falta de información para la defensa. Creemos que no es suficiente, pues el tribunal no puede intervenir en el interrogatorio (sólo para aclaraciones), so pena de destruir con la imparcialidad, bien sabemos, principio consustancial a la función jurisdiccional. Otra solución al mismo problema ha sido proponer que la identidad sea conocida sólo por el abogado defensor, y no por su cliente y relacionados. Solución lejos de ser idónea, puesto deja a la asesoría legal de igual forma “atada de manos” si en su conainterrogatorio no puede hacer preguntas que se orienten a revelar esta información y que sea pública para los intervinientes; eso sí, por lo menos significa esta solución una garantía de que el testigo por lo menos es real.

Siempre debe existir esta oportunidad procesal para el defensor, debiendo conocer la identidad desde la más temprana etapa, desde la investigación y a lo menos desde la acusación fiscal. Sólo de ésta forma podrá el defensor preparar una defensa idónea, una estrategia de litigación, una suficientemente preparada teoría del caso, puesto que bien sabemos que la defensa

está lejos de partir en la audiencia de juicio, sino que tiene su germen fuera de éstas. En definitiva “La reserva de identidad imposibilita a la defensa conocer las cualidades personales del testigo, averiguar sobre sus antecedentes, y demás condiciones particulares que puedan servir para afectar a un eficaz interrogatorio al mismo y posteriormente su adecuada crítica y evaluación. Y esta imposibilidad de la defensa se proyecta también al tribunal, desde que si bien los jueces conocen la verdadera identidad pueden no conocer, ni investigar, interrogar o advertir cuestiones que la defensa sí saque a la luz durante el debate” (Jauchen, 2002: p. 354).

Respecto a la etapa de investigación, en esta fase, la oralidad y la inmediación no se aplican directamente, estas tienen mayor vigencia desde la audiencia de preparación del juicio oral, y obtienen su mayor importancia en el juicio oral. El principio de publicidad absoluta sólo es tal en la audiencia de juicio oral. Durante la investigación rige el secreto de la investigación respecto de terceros, es decir, el proceso es público para los intervinientes, no para los terceros, por lo que se dice que hay un principio de publicidad relativa. En relación a la contradicción, si bien tiene pleno vigor en el juicio oral, también rige en la investigación, en la medida que los antecedentes que se reúnen en ella tienen importancia en relación a las medidas cautelares personales contra el imputado, entre otras. De ahí que el CPP le otorga al imputado facultades para intervenir respecto de las actuaciones de investigación (Rojas; Rojas, 2003: p. 186), cuestión que se condice con la teoría del *discovery*.

Ahora, desde un punto de vista deontológico, el procedimiento penal existente en nuestro país busca obtener la mejor calidad de información posible, en miras a disminuir el error judicial con el objeto de obtener así una condena legítima, que signifique realmente un medio idóneo de solución de conflictos pero sopesando que la reacción penal es de *ultima ratio*. En este orden de ideas, el conocer la identidad de los testigos también juega un papel importante dentro del sistema judicial, toda vez que en un caso concreto se busca obtener la paz social en virtud de resoluciones que puedan valorarse objetivamente como no arbitrarias. En suma, es de interés público que la información vertida en los distintos procedimientos sea de calidad, para que la condena sea fruto de un razonamiento que recaerá sobre hechos efectiva y suficientemente probados.

A la postre, la función jurisdiccional también debe responder a criterios valorativos para determinar su validez, “O sea que el ejercicio válido de la jurisdicción, con el mismo rigor que requiere de la acusación, requiere de la defensa, porque necesita de ambas para legitimarse: *Nemo iudex sine defensione*” (Cafferata, 2000: p. 105).

### 3) **Igualdad ante la ley**

El principio primigenio en el cual tiene asiento nuestro Estado de Derecho tiene suprema localización en el artículo 19 número 3 de nuestra CPR, y se ve fuertemente abatida frente al uso de testigos protegidos, toda vez que la parte acusadora “juega” con ventaja cuando tiene a su favor una prueba privilegiada, es decir, un testigo sin identidad que puede atribuir cargos pero que su persona, su calidad, vínculos o intenciones no pueden ser controvertidas, hipótesis que permitirían restar eficacia probatoria al testigo en el proceso le están vedadas al imputado, pues éste no tiene como conocerle.

En un Estado de Derecho, no se debe considerar al ciudadano en igualdad de condiciones “ante la ley”, sino que también en relación a la ley procesal, que para cumplirse debe tener el imputado “*las mismas posibilidades que el acusador para influir en las decisiones de los jueces*” (Cafferata, 2000: p. 106). Otorgar un valor decisivo a actos que fueron desarrollados en una etapa en la cual las prerrogativas de una de las partes (notoriamente el Estado) son sustancialmente superiores a la contraria (el imputado), y permitir que éstas formen la base de una condena, constituye una violación al principio de igualdad (Guzmán, 211: p. 174).

Es cierto, y aún la CADH en su artículo 8, número 2, letra c, establece que toda persona tiene el derecho “*en plena igualdad*” a que se cumpla con la garantía de la “*concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa*”, cuestión que no acontece en lo que aquí tratamos, puesto que el MP al no conceder la identidad de los testigos no existe siquiera el medio adecuado para preparar su defensa, que como vimos arriba se manifiesta intensamente en el contraexamen.

Esta garantía tiene su fundamento en que el Estado cuenta con todos los medios, tanto de recursos humanos, materiales como jurídicos para llevar adelante su tarea, lo que constituye un aparato mucho más potente de lo que puede disponer la defensa, y es por eso que el Estado es el que debe prestar, por medio del MP, todos los datos contenidos en la investigación para que así el enfrentamiento en estrados sea en paridad de armas, lo que aquí se traduce en paridad de información. Esto último como corolario además del principio de objetividad por el que se guía el MP, el que debe no sólo contribuir a esclarecer los hechos que atribuyan responsabilidad penal al presunto hechor, sino que también las circunstancias que la excluyan o atenúen.

#### **4) Presunción de Inocencia**

La incorporación de testigos anónimos es una directa afrenta a la presunción de inocencia, consagrada como derecho fundamental del imputado. Esta presunción multifacética, podemos primeramente introducirla por su rol que "tiene como fin encontrar un equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad" (Fernández, 2005: p. 120).

De las distintas manifestaciones de la presunción de inocencia, tenemos que necesariamente destacar su faceta como regla probatoria, traduciéndose en que esta garantía fundamental impone que no cualquier prueba será fundamento de la sentencia condenatoria, sino sólo a aquella que se rinde en conformidad a la ley, cumpliendo determinadas características que ésta misma determina y bajo la observación de otras garantías de carácter probatorio, sólo así podrá ser fundante de una condena. En éste sentido la presunción de inocencia actúa "como guía o criterio para evaluar la corrección de la actividad probatoria desarrollada en el proceso" (Fernández, 2005: p. 157).

Es por lo anterior que la incorporación de testigos anónimos en el proceso es inaceptable, puesto que no cumple en absoluto con las garantías básicas sobre la prueba, consecuentemente vulnerado la presunción de inocencia del imputado. Reiteramos en relación a esto que "no es

suficiente cualquier prueba para destruir el estatus de inocente, sino que ésta debe practicarse de acuerdo con ciertas garantías y de una determinada forma para cumplir dicho propósito” (Fernández, 2005: p.139). De tal forma que esto "quiere decir que no son aptos para fundamentar la convicción del juzgador los materiales probatorios obrantes en la causa que han sido obtenidos o producidos sin respecto de tales garantías" (Vegas, 1993: p. 77), es decir, fundamento de por sí suficiente para rechazar la admisibilidad de testigos anónimos.

Ahora, aun poniéndonos en la posibilidad de que se admita este tipo de prueba, aun velando porque no se vulnere en mayor medida los derechos del imputado, "Ya no resulta bastante que existan actos probatorios, sino que es necesario que dichos actos sean suficientes para obtener el convencimiento judicial" (Fernández, 2005: p. 142). La suficiencia se relaciona con la valoración racional de la prueba, de modo que el fallo debe fundamentar cómo es que el tribunal llega a sus conclusiones, exigiendo en materia criminal un estándar alto para poder destruir el estatus de inocente. Como vimos en el *Capítulo II*, a propósito de la libre valoración de la prueba, la que se encuentra limitada por la valoración racional, lo que entonces conculca la obligación al juez de dar las razones de por qué le resultó convincente la deposición del testigo anónimo, lo que deberá demostrar un esfuerzo de argumentación tenaz.

En esta línea, consideramos que la verdad no es el fin último del proceso, su búsqueda se debe ajustar al respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes, preocupación latente en la necesidad que la sentencia se pronuncie en conformidad a las garantías contempladas para el proceso.

En suma, las garantías fundamentales vienen a constituir un límite al ejercicio del poder del Estado, reconociendo el debido proceso como una de las más potentes garantías en el plano jurisdiccional, existiendo cierto consenso en reconocer algunos principios consustanciales a este. Al no encontrarse el contenido del debido proceso expresamente señalado en la CPR, éste debe ser llenado principalmente por la jurisprudencia, destacándose la preocupación por el reconocimiento de estas garantías tanto en el plano nacional como internacional. En adelante trataremos las garantías como el derecho a defensa, el contradictorio, la igualdad y la presunción de inocencia, todas que se desprendan del racional y justo procedimiento o quiérase también, debido proceso.

## CONCLUSIONES

A raíz de lo anteriormente expuesto, podemos extraer algunas conclusiones relevantes en esta materia.

1.- La protección de víctimas y testigos ha tenido un significativo avance y evolución luego de la reforma procesal penal, en comparación con el sistema inquisitivo previo a ésta. En la creación del MP como institución que detenta el monopolio de la investigación penal, el legislador consideró que también corresponde a éste el deber de otorgar protección a las víctimas y testigos. Podemos observar que existe una relación de género y especie entre la voz “protección” y “anonimato” respectivamente, ya que existen varias otras medidas que apuntan a la protección del testigo no representan una relación sinónima. En obsequio a lo anterior, existe una solución de continuidad entre ambos cuerpos normativos en orden de no contemplar expresamente el anonimato de los testigos como medida de protección, cuestión que se evidencia también en la historia de la ley que constituye hoy nuestro CPP.

2.- El MP considera que a partir de la interpretación sistemática de los artículos 259 (*Contenido de la acusación*) y 307 (*Individualización del testigo en el juicio oral*) del CPP el fiscal puede tomar libremente, durante la etapa de investigación y sin autorización judicial, la decisión de no entregar información alguna de los testigos en que el fiscal sustentará su acusación. No es cierto que la ley permita dicha facultad autónoma del fiscal, sino que dichos artículos sólo permiten que en la audiencia de juicio oral los demás intervinientes no sepan el domicilio del testigo y que la identidad se encuentre reservada sólo respecto de terceros, en otros términos, significa sacrificar la publicidad del juicio oral y nunca del contradictorio. Se estima también que si no es en las normas anteriormente referidas, la reserva de identidad se encuentra en el artículo 308 del CPP (*Medidas especiales de protección*) y puede ser adoptada tanto por el MP como por el TOP, lo que no es así puesto esta norma habla en términos genéricos de protección.

3.- Existe una interpretación ecléctica que denominamos “Salida judicial”, consistente en considerar que sí es admisible el anonimato, cualquiera de las dos alternativas antes señaladas

sea su fundamento legal, pero que para operar el MP deberá solicitarlo a los magistrados a cargo de la etapa procesal correspondiente, puesto estos deben velar porque se cumplan con las garantías contempladas para el proceso y deberán sopesar fundadamente en su resolución los bienes jurídicos en peligro. A igual apreciación arribamos si el TOP autónomamente considera procedente la reserva.

4.- La admisibilidad de los testigos anónimos para la defensa involucra otras instituciones del proceso penal, a saber: La “Cautela de garantías” serviría para levantar el “velo” puesto a los testigos por el fiscal autónomamente, por vulnerar garantías fundamentales. Si el fiscal presenta estas pruebas en la audiencia preparatoria se deberá litigar en orden a excluirla por su carácter ilícito. La valoración según las reglas de la sana crítica, admitida que sea esta prueba, presenta el límite de las “máximas de la experiencia” para coartar su influencia substancial en la motivación del fallo. No puede ser una persona condenada tomando como prueba elemental un(s) testigo anónimo, puesto que consideramos que su eficacia despierta “una duda razonable”. De concretarse la condena, el remedio procesal que resta en este *iter* es el recurso de nulidad por vulneración de garantías fundamentales.

5.- El argumento final para rechazar la admisibilidad de los testigos anónimos para la defensa en el proceso penal se constituye por ser estos vulneratorios al derecho de defensa y del contradictorio que es consustancial a éste. En relación al contradictorio, para que el derecho a defensa tenga un ejercicio real, a la vez que el derecho al contraexamen sea pleno y efectivo, se necesita saber la identidad del testigo. La consagración del principio contradictorio a lo largo del CPP permite, desde su lógica, la intervención del imputado en todo el *iter* probatorio en que se fundará la decisión final del tribunal, lo que permite la debida participación de éste, la igualdad de armas y que la decisión no se pronuncie sólo con pruebas producidas en una sola dirección o, peor aún, en secreto y violando su derecho a defensa. Consagrar este principio permite, a su vez, que la decisión que adopte el tribunal sea ostensiblemente de mayor calidad, puesto que un pleno contraexamen permite develar información del testigo que diga relación con sus intereses, enemistades, calidad sobre cómo se impuso de los hechos, etc., lo que no se estaría permitiendo por la identidad vedada para la defensa.

6.- El principio de igualdad ante la ley se ve fuertemente afectado por el uso de testigos protegidos, toda vez que la parte acusadora juega con ventaja cuando tiene a su favor una prueba privilegiada, ésta puede atribuir cargos, pero su persona no puede ser controvertida en su calidad de tal o en su testimonio. Otorgar un valor decisivo a actos que fueron desarrollados en una etapa en la cual las prerrogativas de una de las partes son sustancialmente superiores a la contraria, y permitir que éstas formen la base de una condena, constituye una violación al principio de igualdad.

7.- La incorporación de testigos anónimos es una directa afrenta también a la presunción de inocencia, consagrada como derecho fundamental del imputado. No son aptos para fundamentar la convicción del juzgador los materiales probatorios obrantes en la causa que no han sido obtenidos o producidos con el mínimo de las garantías básicas sobre la prueba y, de ser admitidos, es necesario que dichos actos sean suficientes para obtener el convencimiento judicial.

## BIBLIOGRAFÍA:

1. Barra Jofré, Carmen (2013): “Origen y Evolución del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos en Chile”, en: *Revista Jurídica del Ministerio Público*. Santiago, Chile, ISSN: 0718-6479, N°57.
2. Baytelman A., Andrés; Duce J., Mauricio (2004): *Litigación Penal, Juicio oral y Prueba*. U. Diego Portales, Santiago.
3. Cafferata Nores, José (2000): *Proceso penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Bs As.
4. Carocca, Alex (2000): *Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago.
5. Castro Jofré, Javier (2006): *Introducción al derecho Procesal Penal Chileno*, LexisNexis, 1a ed., Santiago.
6. Chahuán Sarrás, Sabas (2002): *Manual del nuevo procedimiento penal*, LexisNexis, Santiago.
7. Duce J., Mauricio; Riego R., Cristián (2007): *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
8. Espinoza Vidal, Carlos; Hurtado de la Fuente, Alejandro (2005): *El debido proceso en el nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica la Ley. Santiago.
9. Fernández López, Mercedes (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid. 1ra Edición.
10. Guzmán, Nicolás (2011): *La verdad en el Proceso Penal, una contribución a la epistemología jurídica*, Ediciones del Puerto, 2da Edición, Bs As.
11. Historia de la Ley 19.696, Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 336. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>.
12. Horvitz Lennon, María Ines y López Masle, Julian (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
13. Jauchen, Eduardo M (2002): *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni.

14. Jurisprudencia 11454/85. CASO KOSTOVSKI VS PAISES BAJOS. Solicitud no. 11454/85 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno) Sentencia Final 20 de noviembre de 1989 (párrs.37- 45), disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2012/tesdtigoprotegido/6.%20Resoluciones%20judiciales/2.%20Tribunales%20de%20Espa%C3%B1a/2.%20KOSTOVSKI%20VS%20HOLANDA.pdf> (consultada el 20 de noviembre del 2014)
15. Maier, Julio Bernardo (2003): *Derecho Procesal Penal*, t. I. Fundamentos, Ediciones del Puerto, 2a ed. Buenos Aires.
16. Miranda Estrampes, Manuel; Cerda San Martín, Rodrigo; Hermosilla Iriarte, Francisco (2012): *Práctica de la prueba en el juicio oral, su valoración y el estándar del "más allá de toda duda razonable*, Librotecnia, Santiago.
17. Oficio 337-2003 del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, del 11 de julio del 2003, que introduce las modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N°11 sobre Atención y Protección a las Víctimas en el Código Procesal Penal. Disponible en “Reforma Procesal Penal, Oficios del Fiscal Nacional, materias procesales penales 2001-2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
18. Pérez Adasme, Marcelo; Chávez Torrico, Ángela (2011): “Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos”, en: *Revista Jurídica del Ministerio Público*. Santiago, Chile, N°48.
19. Ríos Leiva, Erick (2010): “La Admisibilidad de la Declaración de Testigos Desconocidos por la Defensa en el Código Procesal Penal.”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010. Disponible también electrónicamente en: *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: [http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=11329](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=11329) [20 de enero de 2011]. Fecha última consulta: 20 de Noviembre 2014.
20. Rojas Valdebenito, Sonia; Rojas Aguirre, Luis (2003): “La protección de los testigos en la reforma procesal penal”, en: *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal : prólogo del Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena Richard*. Santiago de Chile: Ministerio Público, Fallos del Mes. pp. 133-209.
21. Tavolari Oliveros, Raúl (2005): *Instituciones del nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

22. Vegas Torres, Jaime (1993): *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La ley, Madrid.
23. Werth, Francisca (2013): “Testigos sin identidad”. en: *Revista “93” de la Defensoría Penal Pública*, Julio 2013.

## **JURISPRUDENCIA:**

1. Corte Suprema (CS), segunda sala, rol n° 2921-11, de 3 de junio de 2011, Santiago. Sentencia de nulidad por vulneración a garantías fundamentales.
2. Sentencia Tribunal Constitucional (STC) rol 2656-14, 9 de julio de 2014, Santiago. Pronunciada en rechazo a la contienda de competencia promovida por el Ministerio Público.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y activista del pueblo indígena mapuche) VS. Chile, sentencia de 9 de mayo de 2014, a propósito del uso de “Ley que sanciona conductas terroristas”.
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) Solicitud no. 11454/85. Sentencia Final, (Pleno) de 20 de noviembre de 1989, a propósito de valor probatorio de testimonios de testigos sin identidad, y del valor de la sola lectura de sus declaraciones prestadas en la instrucción del proceso en el juicio oral.