



**Vulneración del derecho de defensa del imputado con la existencia de  
testigos protegidos en el proceso penal**

Tesina de la carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso

**Francisca Morales Guerrero - Giselle Ponce Pugas**

**Profesor guía Javier Rojas-Mery Arcos**

**Diciembre, 2021**

## Índice

<b>Introducción</b> .....	3
<b>I. Capítulo I: Análisis del marco normativo</b> .....	4
1.1 Testigos Protegidos en el Código Procesal Penal.....	5
1.2 Testigos Protegidos en Leyes Penales Especiales.....	7
1.2.1 Ley 18.314.....	7
1.2.2 Ley 20.000.....	10
<b>II. Capítulo II: Valores y Principios involucrados</b> .....	11
2.1 Derecho de defensa del imputado.....	11
2.2 Debido proceso .....	13
2.3 Protección de los testigos.....	15
2.4 Éxito de la investigación.....	17
2.5 Seguridad jurídica y principio de racionalidad .....	19
2.6 Igualdad de armas y principio de contradicción.....	21
2.7 Principio de inmediatez.....	22
<b>III. Capítulo III: Análisis Jurisprudencial</b> .....	24
3.1 Caso Rapa Nui: Recursos de Amparo N° 492-2019; 493-2019 y 494-2019, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.....	26
3.2 Caso de Homicidio: Causa N° 132.015-2020, Apelación Protección, Excma. Corte Suprema.....	31
<b>IV. Capítulo IV: Propuestas</b> .....	36
<b>Conclusiones</b> .....	43
<b>Bibliografía</b> .....	45

## Abreviaturas

CPP.....	Código Procesal Penal
CP.....	Código Penal
Art.....	Artículo
Inc.....	Inciso
TJOP.....	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
JG.....	Juzgado de Garantía
MP.....	Ministerio Público
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
TGD.....	Teoría General del Derecho
CADH.....	Convención Americana de Derechos Humanos
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

## **Introducción**

En el proceso, probar un hecho o alegación significa, básicamente, convencer sobre la efectividad de una afirmación. Particularmente en el proceso penal, quien debe pronunciar la decisión sobre absolución o condena frente a una acusación es un tercero, que no ha presenciado los hechos y que por lo tanto debe ser convencido de la efectividad de las afirmaciones que efectúan las partes.

Las fuentes personales están sujetas a controversias, por lo que la oralidad y la inmediación se vuelven significativas, ya que, al saber que sus declaraciones pueden contribuir a una condena o absolución, los sentimientos de los testigos pueden variar y con ellos el sentido mismo de sus manifestaciones incluso llegando a tomar partido.

En este sentido cada aspecto que influya en la forma y sustancia de la prueba cobra relevancia al momento de ser considerada por el tribunal, como también al momento de ser ponderada por las partes, por lo que las dificultades de las fuentes personales pueden influir de una u otra forma al proceso jurisdiccional, y es ahí donde aparece otra figura que genera grandes dudas y dificultades que es la de los testigos desconocidos para la defensa o también denominados testigos protegidos.

A saber, las declaraciones de testigos con reserva de identidad para la defensa o la figura de testigos protegidos es una institución que, aun sin tener una mención expresa en el código Procesal Penal, ha sido acogida por los tribunales. Es una herramienta procesal que busca dar un resguardo especial a personas cuya participación en un procedimiento penal las puede situar a un alto riesgo de verse expuestas a un mal para su integridad.

No obstante, por otro lado, su uso implicaría a la vez limitar el ejercicio del derecho a defensa de las personas objeto de persecución penal. En tal situación podría generar dificultades en la materialización de la contradicción de la prueba, como también en la litigación oral para confrontar las fuentes personales, la prueba y declaración de testigos o peritos de la parte contraria. Y así mismo limitar las posibilidades de los abogados de contar con suficiente información para preparar una teoría del caso, así como también limita la posibilidad a los tribunales de contar con información de calidad suficiente para resolver.

Vemos, por tanto, que su aplicación resulta problemática y que requiere de un marco de análisis adecuado, que incorpore las distintas variables e intereses en tensión. El punto entonces está constituido por develar de qué manera resulta posible aminorar,

razonablemente, dichos riesgos en aquellos casos en los cuales es necesario proteger al testigo, pero sin vulnerar en esencia el derecho de defensa del imputado.

En tal sentido, el presente trabajo busca dar cuenta de dicha problemática, cómo estas dificultades se materializan en la etapa de investigación y de juicio oral, y los distintos principios y valores que impregnan el proceso que pueden verse en tensión o vulnerados; y específicamente abordaremos cuál debe ser, a nuestro juicio, el estatuto y metodología para determinar en el caso concreto la admisibilidad de testigos con reserva de identidad.

Por lo tanto, como la institución de los testigos protegidos puede tener lugar durante la etapa de investigación a cargo del Ministerio público - en adelante MP- y la etapa de juicio oral, es que debemos señalar que, se prestara más atención a la etapa de juicio, por ser ahí donde tiene a lugar la admisibilidad de la prueba, donde se producen mayores problemas de comprensión de las disposiciones del Código Procesal Penal -en adelante CPP-. No obstante lo antes dicho, abordaremos las materias relacionadas con la etapa de investigación y la problemática que se puede generar en la protección de víctimas y testigos y en el derecho de defensa del imputado.

Para comprender de buena forma la problemática que se genera y cómo la abordaremos, la presente tesina se dividirá en cuatro capítulos, a saber: Capítulo I: Análisis del marco normativo, en el cual haremos referencia al CPP y las Leyes Penales Especiales sobre la materia. Capítulo II: sobre los Valores y Principios en tensión, en donde se abordarán principios y valores del proceso penal y adyacentes al derecho en general. Capítulo III: Análisis jurisprudencial, en el cual mencionaremos opiniones de los tribunales nacionales y casos relevantes en la materia. Capítulo IV: propuestas y metodologías para abordar el problema. Por último, un acápite con las conclusiones, que contiene las reflexiones finales.

### **Capítulo I: Análisis del marco normativo**

La información que se va incorporando al proceso penal es la sustancia configuradora que lo determina. De ahí la importancia del qué, quién y cómo se incorpora. Bajo el proceso penal acusatorio, el MP tiene un rol central en la incorporación de la información. Por otro lado, para un adecuado equilibrio, la defensa debe tener la posibilidad de influir en la información que se adjunta, de defenderse y poder contradecir la prueba en igualdad de condiciones. Este balance entre las partes se vuelve fundamental para el proceso

acusatorio. Así la prueba de los hechos constitutivos del delito imputado no debe escapar a dicho equilibrio, de lo contrario se afectaría el derecho a defensa.<sup>1</sup>

Ahora bien, naturalmente, declarar en un juicio supone un cierto temor por parte de las víctimas o testigos a ser objeto de represalias, por lo que los testigos protegidos nacen como una forma de facilitar la entrega de información por parte de personas que supuestamente pueden entregar algún dato relevante para la investigación pero se ven constreñidos por el temor a ser objeto de represalias por parte de los imputados o cualquiera a su nombre, por lo que el sistema ve como recomendable entregarles una salvaguarda a su identidad, impidiendo que ésta sea revelada en la investigación y en los actos del procedimiento, ¿ello puede eventualmente afectar el derecho de defensa del imputado?, ¿en qué medida lo afectaría?, ¿cuál sería una forma adecuada de equilibrar los intereses en juego?, precisamente ésta es la interrogante que buscamos develar.

También debemos advertir que es el MP quien tiene el deber de procurar la debida protección del testigo, siendo éste un imperativo tanto constitucional como legal<sup>2</sup>, entregando el ordenamiento jurídico chileno una serie de herramientas a los fiscales tanto en el CPP como en leyes penales especiales, que analizaremos a continuación.

### 1.1 Testigos Protegidos en el Código Procesal Penal

El art. 308 del CPP faculta al tribunal para que “*en casos graves y calificados*”, disponga de medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo, “*las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de videoconferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público*”.

En el régimen común se establecen requisitos de excepcionalidad para la procedencia de la medida que no existen, por ejemplo, en el caso de los procesos por delitos calificados como terroristas, al disponer que la reserva de la identidad del testigo

---

<sup>1</sup> MONTERO, Juan. (2006). *El significado actual del llamado principio acusatorio*. En: GÓMEZ, Juan-Luis y GONZÁLEZ, José-Luis (coords.). *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 331.

<sup>2</sup> Así se desprende del artículo 83 de la Constitución Política de la República, del artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640 y de los artículos 6 y 78 del Código Procesal Penal.

sólo procede en casos graves y calificados a lo que se suma que estas medidas sólo *“durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere”*.

Por su parte, el art. 259 del CPP establece el deber del MP de señalar en la acusación los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio. En particular, su inciso segundo, letra f), dispone que si *“...el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia...”*. Así el legislador ha dispuesto, que en la medida que el MP indique tales datos respecto de las personas que llevará a juicio a declarar, está cumpliendo con las necesidades de información de la defensa en dicho punto.

Ahora bien, si el MP estuviese siempre en la necesidad de aportar dicha información a la defensa, lógicamente no cabría la posibilidad en nuestro CPP de la existencia de la institución de testigos con reserva de identidad.

Al respecto se debe señalar que nuestro CPP no contiene disposiciones que expresamente se ocupen de la reserva de identidad de ciertos testigos. En parte alguna utiliza conceptos como testigos reservados o anónimos, ni ninguna otra nomenclatura similar. Más bien, el art. 259 sólo contiene una remisión al art. 307 que no es explícita ni unívoca en su significado, y que además trata en un mismo plano cuestiones que responden a lógicas distintas, esto es, la reserva de identidad como una limitación al derecho de defensa y la reserva de identidad como una limitación a la publicidad del proceso.

Sumado a la ausencia de otras normas sobre esta materia, permite afirmar que el CPP no contiene una regulación especial y detallada sobre la medida de reserva de identidad de testigos. En consecuencia, si bien ella puede adoptarse por el tribunal o el MP de conformidad con lo dispuesto en los art. 307 y 308 del CPP, su sentido y alcance ha de fijarse sobre la base de las normas constitucionales y las prescripciones generales del proceso penal.

Sobre esto, el Tribunal Constitucional se ha referido a la necesidad de una reforma en este tema señalando que 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 inc. sexto del art. 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 art. 19 número 3 de la Constitución.

Por último, cabe señalar que el art. 308 del CPP se encuentra inserto dentro del Título Tercero del Libro Segundo, esto es, en la etapa del Juicio Oral, por lo que nos encontramos en una fase avanzada dentro del proceso penal, atendido lo cual surge el inconveniente de no tener una regulación clara y precisa de lo que sucede con los testigos con reserva de identidad o testigos protegidos en toda la etapa de investigación, siendo en muchas ocasiones discrecionalidad del MP declarar un testigo con reserva de identidad en desmedro del derecho de defensa del imputado, lo cual genera problemas tales como decretar una medida cautelar gravosa como la prisión preventiva en base exclusivamente a testigos protegidos, cuestión que veremos más adelante en el acápite de análisis jurisprudencial.

## **1.2 Testigos Protegidos en Leyes Penales Especiales**

Dentro de las situaciones especiales a que alude el art. 307 del CPP, se encuentran una serie de normas de carácter especial. A este respecto debemos indicar que en la Historia de la Ley se discutió la procedencia de la reserva de identidad, situación que se decidió suprimir de la legislación procesal ordinaria, pero dejándose expresamente consignado que todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales que establecen resguardos respecto de la identidad de los testigos.<sup>3</sup>

### **1.2.1 Ley 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad**

La Ley 18.314 se crea con el propósito de regular el terrorismo de forma orgánica en una Ley. El art. 18 del Proyecto de Ley ingresado en enero del año 1984 señala que *“cuando a juicio del Tribunal resulte conveniente para el éxito de la investigación mantener en secreto la individualización de los testigos o de denunciante o de cualquiera persona que deba comparecer en el proceso, o cuando cualquiera de dichas personas así lo requiera, el Tribunal hará constar dichos antecedentes en cuaderno separado que tendrá carácter de confidencial, al cual tendrán acceso exclusivamente el Instructor, o el Tribunal al que corresponda el conocimiento y fallo de algún recurso.*

---

<sup>3</sup> PFEFFER, Emilio. (2010). Código Procesal Penal Anotado y Concordado. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 360.



*Los antecedentes que obren en el referido cuaderno confidencial deberán ser dados a conocer, oportunamente, al inculpado o reo para su adecuada defensa en caso que se pretendieran hacer valer en su contra para condenarlo.”*

Por su parte el art. 19 señala que *“Las personas mencionadas en el artículo precedente podrán declarar en lugar distinto al de la sede del Tribunal, de cuya ubicación no se requerirá dejar constancia en el expediente.”*

Estos artículos singularizan “algunas facultades del Tribunal en la etapa de investigación del delito, otorgándole atribuciones que se estiman necesarias para el buen éxito de ella. Asimismo, se contemplan otras normas de carácter adjetivo, que en su conjunto, adaptan algunos aspectos del procedimiento general aplicable a la especial naturaleza de los delitos terroristas, orientadas a lograr un mejor establecimiento del cuerpo delictual y una mayor expedición en la tramitación de la causa.”<sup>4</sup>

Estos artículos contienen reglas especiales sobre testigos, respecto de los cuales puede mantener en secreto su individualización teniendo como fundamento “estimular la cooperación de la ciudadanía en la prevención e investigación de las conductas terroristas, sin perjuicio de dar conocimiento de ello y de su declaración al inculpado y defensa, en consideración a las garantías procesales del inculpado o reo, y a las normas relativas al debido proceso, deberán ser dados a conocer al inculpado los antecedentes que obren en el referido cuaderno confidencial, al momento de notificársele la acusación, para su adecuada defensa, en caso de que se pretendieran hacer valer en su contra para condenarlo.”<sup>5</sup>

En el año 2002 La Ley 19.806 reformó la Ley 18.314 en relación a la facultad del tribunal de mantener en secreto las declaraciones o identificación de testigos, denunciante u otras personas que deban comparecer en el proceso, se traslada al Fiscal, imponiéndosele la obligación de llevar un registro especial y separado en estos casos; sin perjuicio de lo cual se hace la remisión a las reglas generales que establece el nuevo Código para adoptar las medidas de protección de la identidad o señas de testigos que lo requieran cuando deban prestar declaración en el juicio oral.<sup>6</sup>

Actualmente la Ley 18.314 prescribe, en su art. 15, que en el caso de que el MP estimare que existe un riesgo para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito,

---

<sup>4</sup> Historia de la Ley 18.314. Biblioteca del Congreso Nacional. p.32.

<sup>5</sup> Ibidem. p.132

<sup>6</sup> Historia de la Ley 19.806. Biblioteca del Congreso Nacional. Primer Trámite Constitucional, Mensaje de 10 de agosto de 1998.

así como de sus familiares directos, dispondrá de oficio, o a petición de parte, de las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

En este sentido, el art. 16 dispone que *“el tribunal podrá decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de los testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación”*, asimismo puede *“decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”*, así como también el poder otorgar protección policial a los mismos testigos en su art. 17.

Esta protección especial a los testigos se diferencia con la establecida en los artículos 307 y 308 del CPP, que hablan de una reserva de domicilio del testigo y otras medidas especiales que no son tan intensas como las establecidas en la Ley 18.314. Así, entre las medidas de protección al testigo protegido el tribunal puede, aparte de decretar la reserva de identidad en la etapa de investigación y juicio oral, decretar el cambio de domicilio del grupo familiar del testigo, cambio de identidad del testigo y su grupo familiar e incluso decretar la asignación de recursos económicos para el testigo. Todo lo anterior justificado en la supuesta peligrosidad de los delitos de naturaleza terrorista.

Esta prueba testimonial en circunstancias de reserva de identidad puede ser bastante problemática para la garantía de todo acusado de poder interrogar y, sobre todo contrainterrogar, a los testigos presentados en su contra bajo las mismas condiciones que la acusación. El absoluto desconocimiento de la identidad del testigo por parte del acusado y su defensor impedirían a éste contar con la información básica para formularle preguntas que cuestionen su credibilidad, haciendo nugatorio el derecho del acusado a controvertir o desvirtuar los elementos de convicción aportados por dicho testigo en su contra<sup>7</sup>, vulnerando consecuentemente su derecho de defensa.

En este sentido, creemos que asumir el terrorismo en su extensión comunicacional, nos lleva a observar con más claridad la pugna de legitimidad que se produce cuando el Estado responde recurriendo al debilitamiento de determinadas garantías. La respuesta de un Estado democrático de derecho debiese procurar, por sobre todo, reafirmar la legitimidad de los valores que dice sustentar haciendo gala de sus

---

<sup>7</sup> MEDINA, Cecilia. (2013). *“Derechos humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad”* en “Informes en Derecho”, N°12, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile. p.21.

mejores herramientas, como lo es el proceso penal acusatorio y las garantías fundamentales.<sup>8</sup>

Por su parte el art. 18 en su inc. segundo nos dice que en ningún caso la declaración del testigo o perito protegido podrá ser percibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogar al testigo personalmente. Esta disposición se pone en el supuesto de que la identidad del testigo se encuentre en reserva durante el desenvolvimiento de la audiencia de juicio oral.

### **1.2.2. Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas**

La Ley 20.000 en su Título tercero regula la competencia del MP, en cuyo párrafo tercero regula las medidas de protección a testigos, peritos, agentes encubiertos, reveladores, informantes y cooperador eficaz.

En su art. 30 establece la regla general con relación a todos los que colaboran con el esclarecimiento de los hechos contemplados en dicha Ley y sus familiares, invocando a las reglas generales, pero aduciendo que puede adoptarse por parte de la fiscalía toda medida especial de protección que parezca adecuada para el caso concreto.

Luego, en su art. 31 para proteger la identidad y la integridad física del testigo establece medidas consistentes en la reserva de su identidad y domicilio, prescribiendo que *“el tribunal, sin audiencia de los intervinientes, deberá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, deberá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.”*

Por su parte el art. 32 en sus incisos 3 y 4 prescribe que *“en ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes.”*

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ, Ernesto. (2018). Efectos de la reserva de identidad de testigos en juicios llevados por delitos de carácter terrorista en casos bajo el contexto del conflicto chileno-mapuche. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. p.4.

*Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos en la etapa de investigación, el tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes.”*

En la tramitación de esta Ley se tuvo como principal fundamento para el fortalecimiento de la institución de los testigos protegidos o con reserva de identidad que “después de escuchar los testimonios y la información proporcionados por los invitados a la Comisión, ésta llegó a la convicción de que, no obstante tratarse de una buena herramienta, no ha dado los resultados esperados, básicamente por la falta de protección del cooperador y de su familia, y por la falta de incentivos suficientes para quienes, siendo parte de una organización criminal de narcotráfico, deciden entregar información a la justicia y retirarse de ella.”

En el primer caso, hoy día la protección sólo consiste en el cambio de identidad y resguardo policial de los testigos. En materia de incentivos, la ley sólo consagra una rebaja de la penalidad en dos grados, lo que, a juicio de la Comisión, es claramente insuficiente cuando se trata de desarticular grandes organizaciones de narcotráfico.<sup>9</sup>

## **Capítulo II: Valores y principios involucrados**

### **2.1 Derecho de defensa del imputado**

Un ámbito muy relevante del derecho a defensa está relacionado con la evidencia, tanto para aportar prueba propia, como para contraexaminar la contraria. El problema en análisis se relaciona con este último aspecto, es decir, con las posibilidades para contradecir a una prueba adversa, cuestión que en el derecho anglosajón ha sido en general denominado como derecho a confrontación.

Este derecho a confrontación está a su vez compuesto por tres grandes dimensiones: (1) el derecho al “careo” o confrontación “cara a cara” con los testigos adversos que supone el derecho a ver al testigo que está declarando en mi contra; (2) el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos o derecho al contraexamen; y (3) las reglas sobre testimonio de oídas o hearsay rules.

El problema de la reserva de identidad se relaciona con la segunda dimensión anotada, esto es, con el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos. Ella impide a

---

<sup>9</sup> Historia de la Ley 20.000. Biblioteca del Congreso Nacional. Primer Informe de Comisión Especial.

la defensa, conocer quién es esa persona que irá a declarar al juicio. En tal sentido, puede llegar a implicar un obstáculo relevante para preparar y desarrollar líneas de contraexamen que se vinculen con la credibilidad del testigo o incluso con la credibilidad misma del testimonio.<sup>10</sup>

En cuanto al debate doctrinal en Chile, hasta hace pocos años se movía entre dos centros temáticos. El primero está constituido por la protección a la vida e integridad física del testigo y se recurre a él al momento de la justificación de la reserva. Su gravitación está dada por ser la única razón por la cual se tolera dicha norma. Sin embargo, en este centro no se discute el contenido del derecho del testigo a la protección de su vida e integridad física, más bien se defiende, a través de una exposición normativa, que la ley obliga a protegerlo y que permite hacerlo a través de su anonimato en determinados casos. El segundo centro, está dado por el derecho a contrainterrogar al testigo. Lo que se entienda por éste y su vulneración, sustanciarán el debate de la admisibilidad.

Hace pocos años apareció un tercer centro temático, el cual elimina la idea que el derecho del testigo a ser protegido (primer centro) se contrapone al derecho del imputado de defenderse y contrainterrogar (segundo centro). Arguyendo que lo que realmente se enfrenta es el derecho del imputado (individual) con la pretensión punitiva estatal (supraindividual).<sup>11</sup>

Este enfoque permite cuestionar, propiamente tal, el uso de la reserva de identidad en un debate donde, ya no entran en conflicto dos derechos fundamentales, sino en el cual existen los derechos fundamentales del imputado, los cuales no pueden limitarse por pretensiones punitivas estatales generales, sólo pueden limitarse para proteger otros derechos, los que en el caso no entrarían en conflicto. Como consecuencia, habría un rechazo al uso de la reserva, pues se ven afectados principios penales que tienen un valor constitutivo y no derechos fundamentales que son mandatos de optimización sobre los cuales se pueden limitar uno u otro frente al conflicto.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> RIOS, Erick. s/f. La admisibilidad de testigos desconocidos para la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial. p.5.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ, Ernesto. (2018). Efectos de la reserva de identidad de testigos en juicios llevados por delitos de carácter terrorista en casos bajo el contexto del conflicto chileno-mapuche. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. p. 22.

<sup>12</sup> GUZMÁN, José Luis. (2015). Caso "Norín Catrimán y otros contra Chile". Prueba de los hechos de terrorismo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. p. 457.

## 2.2 Debido Proceso

Se puede definir el derecho al debido proceso como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.<sup>13</sup> Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso.”<sup>14</sup>

El derecho a interrogar y a contrainterrogar es básico para la existencia de un debido proceso. Sin embargo, este derecho no es absoluto. En efecto, la legislación procesal penal chilena contempla una serie de mecanismos de protección de testigos y peritos, así como también se establecen en leyes especiales. Vemos que existe una colisión de derechos: por un lado, la protección de los testigos protegidos y por otro lado el derecho al debido proceso de los imputados, ante situaciones así ¿cuál derecho prevalece?

Hay dos posturas, que podríamos denominar jurisprudenciales, ante esta problemática. Si bien ambas reconocen el conflicto de derechos y ambas utilizan un argumento similar, las dos han dado un sentido diverso acerca del derecho que prevalece.

Por un lado, a nivel nacional la Corte Suprema al revisar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados en el Juicio de Cañete decidió no anular el fallo, sino que solamente disminuir las penas asignadas para los delitos cometidos. Dentro de los fundamentos para interponer este recurso se plantea la vulneración del derecho a la defensa por medio de la utilización de los testigos protegidos, frente a lo cual el tribunal, entendiendo el conflicto de derechos que se producía, dictaminó que “en los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata. A ello está

---

<sup>13</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo. & CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. (2013). *“El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”*, en Estudios constitucionales, 11(2), pp. 229-282.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011, Considerando 10.

obligado en nuestro país el Ministerio Público, a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia misma del derecho.”<sup>15</sup>

Por otro lado, una postura contraria es la que tiene el derecho internacional al respecto. Este tolera el uso del sistema de protección de identidad de los testigos presentados por la parte acusadora, siempre que ello no anule el derecho a la defensa del acusado y, en particular la garantía de contar con alguna oportunidad adecuada de impugnar su credibilidad e interrogarlos, ya sea antes o durante el juicio; dando a entender que se privilegia el derecho al debido proceso, pues es la piedra angular para el respeto de los derechos humanos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente, debiéndosele brindar una oportunidad adecuada y suficiente al acusado para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor. Con relación al anonimato del testigo, la Corte Europea de Derechos Humanos en los autos “Kostovski v. Países Bajos” ha sostenido que “si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las especificaciones que permitirían justamente establecer si es prejuicioso, hostil o no confiable. Un testimonio u otras declaraciones dirigidas en contra de un acusado bien pueden constituir una mentira o resultar de un mero error, la defensa apenas puede demostrar esto si carece de la información que le proporcionarían los medios para verificar la credibilidad del autor o de la cuestionada. Los peligros inherentes a semejante situación resultan obvios.”<sup>16</sup>

Con todo, se hace necesario establecer criterios legales claros que garanticen que la pretensión punitiva del Estado no exponga a los testigos a riesgos en su persona, pero que tampoco, so pretexto de garantizar su seguridad, avance sobre el derecho de defensa del imputado.

Así, la doctrina ha planteado algunas de las condiciones que permiten legitimar la comparecencia en el proceso de testigos con identidad reservada. Entre estas condiciones

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 2921-11, de 3 de junio de 2011, Considerando 35.

<sup>16</sup> Caso número 10/1988/154/208, resolución de fecha 20 de noviembre de 1989.

destacan: que la reserva de identidad se decrete sólo en la persecución de delitos de extrema gravedad; que se disponga únicamente si hay datos concretos que permitan presumir un atentado grave en contra del testigo; que el anonimato del testigo realmente sirva para evitar tal atentado; que no exista otra forma de impedir dicho atentado menos lesiva del derecho de defensa del imputado (como la caracterización física del testigo o impedir el ingreso del público a la sala de audiencias); que el tribunal sí conozca la identidad del testigo; que la defensa del imputado pueda interrogar al testigo; que la declaración prestada por el testigo durante la investigación haya podido ser revisada por la defensa del acusado con el tiempo suficiente para preparar el contrainterrogatorio; que el tribunal sea más exigente para atribuir fuerza probatoria a los dichos del testigo de cargo cuya identidad la parte desconoce, que a los del testigo de descargo cuya identidad el acusador sí conoce (por la desigualdad de armas en el plano de la contradicción); y que la eventual condena no se fundara solamente ni de modo principal en las declaraciones del testigo con identidad reservada.<sup>17</sup>

### **2.3 Protección de los testigos**

La situación que se nos presenta es que la mayoría de las víctimas y testigos se resisten a denunciar y declarar en contra de los criminales por cuanto se sienten desprotegidos por las instituciones del poder judicial, no obstante, sabemos que el MP ha de entregar protección a víctimas y testigos, pues debe activar los mecanismos necesarios para la debida protección de estos, pues tiene un rol central en la incorporación de la información que estos sujetos pueden proporcionar.

Ahora bien, ¿qué debemos entender como medidas de protección de los testigos?, estableceremos que las medidas de protección al testigo son: herramientas del proceso penal que permiten “brindar seguridad o proteger al testigo, siempre con el fin de poder obtener un testimonio fidedigno y útil que es el principal interés de la investigación que lleva el órgano investigador.”<sup>18</sup>

En los casos comparados, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa.

---

<sup>17</sup> MATUS, Jean Pierre (dir). (2011). Acusaciones secretas, Cap. XV: en Beccaria 250 años después, Euros Editores - Editorial B. de F. Buenos Aires, p. 153-154.

<sup>18</sup> SANTOS A. Jesús y DE PRADA, Mercedes (2012). Protección del testigo en procesos de terrorismo. En: BACHMAIER, Lorena (coord.). Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons. P. 146.



Por otro lado, una postura contraria en el derecho internacional, es aquella que tolera el uso del sistema de protección de identidad de los testigos presentados por la parte acusadora, siempre que ello no anule el derecho a la defensa del acusado y, en particular pone énfasis en que no anule o prive la garantía de contar con alguna oportunidad adecuada de impugnar su credibilidad e interrogarlos, ya sea antes o durante el juicio; dando a entender que se privilegia el derecho al debido proceso, pues es el cimiento para el respeto de los derechos humanos.

En nuestro sistema chileno se entiende que estas medidas “deben estar estructuradas con el respeto a un sistema de garantías que, por un lado, tutelen de manera efectiva los derechos e intereses de los testigos, asegurando el respeto de sus derechos fundamentales (resguardando especialmente su libertad, su integridad física y moral, la intimidad personal y la propia imagen), pero protegiendo también los derechos de los inculcados, esencialmente el principio de contradicción (interrogar a todas las personas con conocimiento de su identidad), el principio de publicidad (...) y el principio de defensa”<sup>19</sup>

Estas medidas encuentran su motivación en la obligación que recae sobre el testigo de declarar en el juicio y decir la verdad, colaborando en consecuencia con la administración de justicia. Sin embargo, en ciertas ocasiones, éste se expone a un peligro de daño por ese hecho y para poder declarar deben poder confiar en las autoridades<sup>20</sup>. Y para evitar que se produzca esta situación injusta con quien coopera en el juicio es que se le asegura su protección.

Así el MP tiene el deber de procurar la debida protección del testigo, siendo este un imperativo constitucional, entregando el ordenamiento jurídico chileno, como ya vimos, una serie de herramientas tanto en el proceso penal común como en leyes penales especiales. Estas medidas pueden clasificarse dependiendo de si se busca o no la reserva de identidad del testigo, siendo esta última hipótesis la de intereses en nuestra investigación.

Más allá de estas hipótesis, es posible identificar varias prácticas que introducen obstáculos o limitaciones a actividades que permiten el desarrollo de contraexámenes en los casos comunes y corrientes que conoce el sistema. Es decir, podemos identificar que

---

<sup>19</sup> HORVITZ, María Inés & López, Julián. (2008). Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil Editorial jurídica de Chile. p. 286.

<sup>20</sup> Ibidem.

esta protección de testigos, y en particular la figura de reserva de identidad presenta eventuales riesgos.

Con ello se impiden actividades de litigación más efectivas que favorezcan el confrontar con intensidad las versiones que aportan los testigos, afectando así la posibilidad de producir en juicio información de mejor calidad que permita a los jueces valorar su credibilidad con mayores antecedentes o elementos<sup>21</sup>. Pues, el sistema estaría prescindiendo de información relevante para permitir un juicio de credibilidad y de calidad de la información que se otorga a los tribunales al momento de valorar la prueba. Lo que evidentemente, genera riesgos de error en las decisiones de los jueces.

#### **2.4 Éxito de la investigación**

Los art. 80 letra A de la Constitución Política de la República de Chile y 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público señalan que el MP dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

Esas disposiciones deben concordarse con el art. 77 del CPP que dispone que *“Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público”*.

Con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso y, en particular, el éxito de las diligencias de investigación, el MP cuenta con ciertas facultades y atribuciones tales como solicitar medidas cautelares en contra del imputado y la dirección exclusiva de la investigación.

El sistema de protección de testigos ha de ser sumamente importante para estos fines, en muchas ocasiones el testimonio de ciertos testigos ha de ser decisivo para que se pueda llevar a cabo con éxito el enjuiciamiento.

En ese sentido, una de las mayores preocupaciones para lograr que la investigación penal resulte exitosa es la de garantizar la recepción y preservación de la prueba. Debido a que la prueba testimonial es, dentro de la diversidad de los medios

---

<sup>21</sup> DUCE, Mauricio. (2013). *¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes Comparados y Locales para el debate*. Revista Ius et Praxis, vol. 19, N° 1. pp. 77 - 138.

probatorios, una de las más comunes en los procesos penales, se han implementado medidas que tienden a garantizarle al testigo seguridad frente a posibles amenazas contra su integridad personal que tengan por objetivo condicionar o anular su testimonio.<sup>22</sup>

Esta protección ofrecida por el Estado a aquellas personas que se encuentran en una situación procesal especial, ya que en calidad de testigos están obligados a comparecer frente a los órganos judiciales del Estado, estaría encuadrada en la obligación del Estado de garantizar la protección a todas las personas sometidas a sus respectivas jurisdicciones. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 5.1, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9.1, reconocen el derecho de todas las personas a la seguridad e integridad personal y comprometen, a su vez, a los Estados partes a respetar y garantizar todos los derechos en ellas reconocidos (art. 1.1. y art. 2., apartados 1 y 2, respectivamente ).<sup>23</sup>

Existen innumerables antecedentes en el orden internacional de disposiciones legales de estas características. No obstante ello, los antecedentes más conocidos, en línea general, tienen por objetivo proteger a los testigos relacionados con procesos penales contra manifestaciones criminales graves (terrorismo, narcotráfico, delincuencia organizada y violenta, etc.)<sup>24</sup>. En este tipo de procesos, al igual que en todo proceso de

---

<sup>22</sup> Fortete, César, s/f, La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina. p.188.

<sup>23</sup> Así lo confirma el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, expresa que "[ ... ] El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención[ ... ]". En: Fortete, César, s/f, La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina. p.188.

<sup>24</sup> En el ámbito de organismos supranacionales encontramos la Resolución 827/1993 del 25 de mayo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que dispone la protección de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional en los territorios de la antigua Yugoslavia; también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, art. 43, apartado 6, dispone la adopción de medidas de protección y dispositivos de seguridad para testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte y para otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado, y la Resolución del Consejo de la Unión Europea del 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, que promueve entre sus Estados miembros que se garantice la protección adecuada y efectiva del testigo, antes, durante y después del proceso. Del mismo modo, en los Estados Unidos el 12 de octubre de 1982 se promulgó la ley federal Victim and Witness Protection Act, que tiene por objeto la protección de víctimas y testigos de hechos criminales, en especial, aquellos perpetrados

persecución criminal, la colaboración de los testigos con la administración de justicia es fundamental y necesaria para evitar la impunidad. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que los integrantes de este tipo de organizaciones, por su carácter asociado, por sus peculiaridades organizativas, la clandestinidad de sus actividades, las reglas internas de funcionamiento y la fidelidad de sus miembros, gozan de una enorme capacidad para obstaculizar y neutralizar la acción policial y judicial a través de la amenaza y eliminación de testigos fundamentales. Es por ello que con la sanción de leyes de protección a los testigos se busca asegurar, no sólo su testimonio sino también que éste sea fiable y, de esta manera, garantizar la calidad del procedimiento de persecución criminal.

Cuando la protección al testigo abarca la protección de su identidad. En este supuesto hay que poner en la balanza la seguridad e integridad del testigo, el valor "eficacia" en la persecución penal y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Siempre que se active un mecanismo de protección que contemple la protección de la identidad del testigo en sus distintas modalidades, el derecho de defensa del imputado puede verse afectado, ya que la prueba producida en esas condiciones no puede ser sometida íntegramente al contradictorio.<sup>25</sup>

## **2.5 Seguridad jurídica y principio de racionalidad**

Aunque se trata más bien de un principio propio de la Teoría General de Derecho - en adelante TGD - la seguridad jurídica tiene gran implicancia en el proceso penal. Se trata de un principio que tiene su concreción en otras manifestaciones -tales como el principio de legalidad, cosa juzgada, non bis in idem, irretroactividad de la ley, e incluso en el debido proceso- no es menos cierto que su comprensión lógica y jurídica abarca más allá de la certeza de lo prohibido, ordenado o permitido por las leyes o el ordenamiento jurídico.

---

por la delincuencia organizada. Colombia, por su parte, organizó su Programa de Protección a Testigos, Víctimas y demás intervinientes en el proceso penal en el año 1992 (Decreto nº 1834 del 13 de noviembre de ese año) a raíz del estado de conmoción interior que vivía el país como consecuencia de la actividad terrorista de grupos guerrilleros y de la delincuencia organizada. También en España el 23 de diciembre de 1994 se sancionó la ley orgánica 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales, en la que no se hace ninguna distinción en cuanto a la manifestación delictiva sobre la que deban deponer sus destinatarios, ya que se refiere a testigos y peritos que intervengan en procesos penales en general (art. 1). En: Fortete, César, s/f, La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina. p.189.

<sup>25</sup> Idem. p. 202.

Se ha entendido que la peculiaridad de este principio en su extensión se centra en que el derecho y la sociedad exigen seguridad y racionalidad, la certeza de que las normas e instituciones jurídicas están funcionando de una determinada forma, e implica que las soluciones jurídicas se apliquen con determinada fórmula y coherencia. En este sentido, cabe la pregunta ¿cómo este principio se relaciona con el proceso penal?, y es que, la certeza o seguridad jurídica se manifiesta en formas específicas en el derecho penal, a fin de establecer la primacía de la seguridad para los intervinientes del proceso penal<sup>26</sup>.

Y es que el derecho penal necesita de soluciones con ciertas dosis de seguridad, esto es, de estabilidad. Necesitamos que las soluciones sean jurídicas, y coincidan con la realidad de la sociedad, que sean justas, y por sobre todo que sean racionales, para que así tengan un ámbito de cierta proyección temporal.<sup>27</sup>

Por supuesto, nunca este valor alcanza acatamiento pleno ni existen técnicas o medios, públicos y privados, suficientes o adecuados para exigir su cumplimiento. Empero, dentro de la relatividad descrita caben diversas gradaciones, resultando imperativo lograr, al menos, un ambiente de confianza pública predominante, sin el cual las instituciones en general, incluyendo las jurídicas, no puedan funcionar.<sup>28</sup>

Debemos señalar que la relación entre la seguridad jurídica y el derecho penal resulta evidente, pues muchos de los principios que se estudian dentro del tema del ejercicio de la potestad punitiva estatal suelen justificarse con la idea de la seguridad jurídica<sup>29</sup>. Así las figuras propias del proceso penal deben enmarcarse en la idea de seguridad y racionalidad. Por lo que, las figuras de protección de víctimas, testigos, o del imputado deben responder a los parámetros de certeza o seguridad jurídica y de racionalidad.

Si bien, señalamos que se trata de dos valores que no se puede exigir su pleno cumplimiento, sí es imperativo que en sus manifestaciones generen un espacio de confianza en los intervinientes para con el funcionamiento de las instituciones. Así

---

<sup>26</sup> CEA EGAÑA, José Luis. (2004). *La Seguridad jurídica como derecho fundamental*, Revista De Derecho vol. 11, N°1, p. 47.

<sup>27</sup> PEDRALS, Antonio. (2014). "Fundamentos de teoría general del derecho", Capítulo XIX Principios generales. p.320.

<sup>28</sup> CEA EGAÑA, José Luis. (2004). *La Seguridad jurídica como derecho fundamental*, Revista De Derecho vol. 11, N°1, p. 70.

<sup>29</sup> CALDERÓN, Guillermo. (2009). Seguridad jurídica y derecho penal. REJ N°11, p. 181.

decimos que el MP tiene el deber de proteger a los testigos, mientras que los tribunales tienen el deber de garantizar proporcionar las herramientas necesarias para que la contraparte no quede en una situación de indefensión.

Por lo que, la problemática con la figura de los testigos protegidos o testigos con identidad reservada se centra en la racionalidad de la medida, en la ponderación de los factores para que sea admisible y decretada, y es que estos valores también se pueden contraponer. Ya que se expresan en una garantía para asegurar a los imputados la certeza de contar con las herramientas necesarias y eficaces para su defensa, pero por otra parte, se debe estar a la racionalidad y oportunidad de decretar la medida de reserva de identidad a fin de generar en los testigos confianza con el sistema jurídico penal. Además, la solución ante la contraposición de valores, reclama lógica y racionalidad, así mismo lo exige el derecho, y debe tener la capacidad de coincidir con la realidad.

## **2.6 Igualdad de armas y principio de contradicción**

El principio de igualdad de las partes o armas en el proceso pretende asegurar la existencia de un procedimiento que garantice la paridad de oportunidades para que los contendientes en un litigio puedan influir para la obtención de una decisión favorable a sus respectivas pretensiones. En un procedimiento contencioso en donde existe una disputa jurídica a ser resuelta a favor de uno de los dos adversarios, éstos deben tener a su disposición oportunidades procesales equivalentes, es decir, debe existir "igualdad de armas" en la "lucha jurídica". De no observarse por el legislador el principio referido, la contienda sería desigual y, al final, injusta.<sup>30</sup>

Por su parte, el principio de contradicción está estrechamente vinculado con el derecho de defensa pues este en el proceso asume el carácter de contradicción o refutación. La verdad relativa o formal perseguida por el modelo acusatorio se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento de "ensayo y error" (método falsacionista). La principal garantía de su obtención se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de

---

<sup>30</sup> Sentencia n° Rol 2856-15 de Tribunal Constitucional, 15 de diciembre de 2016.

intereses opuestos. La defensa es el instrumento más importante de impulso y control del método de prueba acusatorio -como garantía de una verdad mínima pero lo más cierta posible- consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y de defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes.<sup>31</sup>

A esta garantía aluden los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando aseguran al imputado el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" (art. 14.3. letra e PIDCP) o "el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (art. 8.2. letra f CADH).

Por tanto, el derecho a la igualdad de armas y el derecho a un juicio contradictorio buscan garantizar, tanto al acusado como para quien sostiene la acusación, las mismas facultades jurídicas y procesales para obligar la comparecencia de testigos e interrogarlos y conainterrogarlos. Esta es una garantía fundamental para asegurar a los imputados la posibilidad de una adecuada defensa e implica que ambas partes tengan la oportunidad de conocer y cuestionar toda evidencia presentada.<sup>32</sup>

## **2.7 Principio de inmediación y principio de oralidad**

El principio de inmediación es un elemento esencial del debido proceso, la inmediación, es el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su magnificación el material de la causa desde el principio de ella hasta su término, en que ha de pronunciar la sentencia que lo resuelva.

Este principio fue introducido a nuestra normativa a través del art. 5 inc. 2 de la Constitución Política de la República, que integra a los tratados internacionales sobre derechos humanos a la legislación nacional, específicamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que lo establece en su art. 9 párrafo 3 y el art. 7 párrafo 5 de la Convención

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, L Derecho y razón, Capítulo 41, ¿Cómo juzgar? Las garantías procesales, p. 613.

<sup>32</sup> MEDINA, Cecilia. (2013). "Derechos humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad". En "Informes en Derecho", N°12, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile. p. 22

Americana, entre otros. Este principio exige contacto directo entre los intervinientes en el juicio y el tribunal, ya sea unipersonal o colegiado, para que éste forme su convicción a la luz de los antecedentes y la prueba aportada en el proceso sin intermediarios, cuya consecuencia más relevante lo constituye la inmediatez de la sentencia. Se consagra en los artículos 284, 291, 340 del CPP.

El origen del principio de inmediación se encuentra en la negación del sistema de justicia secreta, que sólo se exteriorizaba en la ejecución pública de penas, frecuentemente crueles. La publicidad de la ejecución penal y el secreto del proceso fueron elementos característicos del sistema penal del antiguo régimen. El Estado liberal invirtió esta situación como una condición del principio democrático: sólo cabe un gobierno del pueblo, si el pueblo puede saber cómo gobiernan y administran sus representantes.<sup>33</sup>

La oralidad es el único instrumento que permite materializar las exigencias de publicidad, inmediación del tribunal y las pruebas y de contradicción del debate. Y la publicidad, constituida en imperativo de un sistema democrático de gobierno, es la única forma de garantizar el control sobre el respeto de las demás garantías procesales. El principio de inmediación garantiza que el tribunal adquiera su convicción y dicte sentencia solamente en base a lo acontecido en el juicio, esto es, fundado en sus percepciones personales y directas sobre las pruebas producidas durante el juicio y, en su caso, la declaración del acusado.<sup>34</sup>

El principio de inmediación es, además, la consecuencia necesaria del reemplazo de la prueba tasada, propia del antiguo proceso secreto. En un sistema en el que las pruebas tienen objetivamente asignada una determinada fuerza probatoria (por ejemplo, la prueba de un hecho requiere la confesión del autor o su confirmación por dos testigos), la percepción directa por el juez de la prueba producida carece de relevancia, toda vez que éste no pondera la prueba, sino que cuantifica los elementos según criterios que le están dados por la ley. La prueba en este sistema es abstractamente valorada por el legislador. La percepción directa de la prueba es, por el contrario, un presupuesto de su ponderación de la prueba en conciencia, que el moderno legislador delegó en el juez. El juez que cuantifica no necesita ver la declaración del testigo, pues su función se limita a

---

<sup>33</sup> BACIGALUPO, Enrique. (2002). Derecho Penal y el Estado de Derecho. Editorial Jurídica de las Américas. p. 252.

<sup>34</sup> HORVITZ, María Inés & López, Julián, (2008). Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil Editorial jurídica de Chile. p.234.



comprobaciones numéricas. El juez que valora en conciencia la credibilidad de una declaración, por el contrario, sólo puede hacerlo si percibe directamente la declaración del testigo.<sup>35</sup>

### **Capítulo III: Análisis Jurisprudencial**

Los tribunales chilenos se han pronunciado por regla general, admitiendo la medida de protección que implique la reserva de identidad del testigo protegido. Así han resuelto que la omisión en la individualización del testigo de que se trata, cuya identidad se mantiene en reserva, no importa inobservancia a garantías fundamentales, al encontrarse amparado bajo el sistema protector de estas personas consagrado en el art. 308 del CPP.<sup>36</sup>

Del mismo modo, la jurisprudencia ha manifestado que el art. 308 del CPP contempla la protección de los testigos para casos graves y calificados y permite al tribunal disponer de medidas especiales destinadas a proteger su seguridad, atribuciones que se extienden al MP, ya sea de oficio o a petición de partes, en este caso<sup>37</sup> se procedió a la reserva de identidad de dos testigos del Ministerio Público, cuyos testimonios fueron excluidos por el Juez de Garantía al estimar que se vulnera el derecho de defensa del imputado por el desconocimiento. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que, en la situación planteada, al subsistir en plenitud y estar vigentes para ser ejercidos por el acusado los mecanismos de control de la prueba, en la oportunidad legal que le corresponda, no se puede estimar afectado el derecho de defensa en su esencia, por cuanto es de su conocimiento el texto de las declaraciones de esos testigos, y le asiste la posibilidad de contrainterrogar para afectar la credibilidad del mismo.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que el secreto respecto de la identidad de algunos testigos se refiere solamente a este aspecto y no al contenido de sus declaraciones, como tampoco impide al defensor contrainterrogarlos. La reserva identificatoria denunciada no se ha apartado de las garantías que la ley concede a la defensa del imputado y se ha ajustado a las formalidades expresamente permitidas en la ley.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> BACIGLUPO, Enrique. (2002). Derecho Penal y el Estado de Derecho. Editorial Jurídica de las Américas. p. 253.

<sup>36</sup> CA de Copiapó, causa Rol N° 339-2002, RUC N°52404-5 año 2002.

<sup>37</sup> CA de Santiago RUC N° 0500237652-2 de 10 de enero de 2006.

<sup>38</sup> CA de Valparaíso, causa Rol N° 57/2017.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción, siguiendo esta línea uniforme de jurisprudencia, sostuvo que cabe considerar que el art. 308 referido a la protección, en su inciso segunda establece que el Ministerio Público adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo la debida protección, antes o después de prestadas sus declaraciones. Además, el artículo 307, incisos segundo y tercero, en relación con el inciso penúltimo del artículo 259 y el artículo 308, permiten la reserva de identidad, obligando al tribunal a protegerla de conformidad con las normas legales que regulan la materia.<sup>39</sup>

La Corte de Apelaciones de Iquique sostuvo que, respecto del derecho de defensa técnica, su ejercicio eficiente implica el ejercicio de facultades procesales tendientes a conocer, controlar y refutar la prueba de cargo, para lo cual es indispensable conocer tanto el hecho imputado cómo los antecedentes que lo sustentan, conjugadas tales prerrogativas, se cumplirá el estándar pretendido en el artículo 1° del CPP. Sobre lo anterior puede sostenerse que las actuaciones secretas son una situación excepcional, que sólo pueden adoptarse cuando sean necesarias para la eficacia de la investigación siempre bajo el control del Juez de Garantía. Asimismo, señala que una limitación al ejercicio del derecho de defensa de los imputados puede igualmente consistir en una limitación a la calidad de la información que se producirá en el juicio.<sup>40</sup>

A continuación, analizaremos dos sentencias en cuyos procesos se reconoce la existencia de testigos protegidos con identidad reservada, particularmente analizaremos la afectación al derecho de defensa de los imputados.

### **3.1 Caso Rapa Nui: Recursos de Amparo N° 492-2019; 493-2019 y 494-2019, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.**

En el Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua, se tramitaba la causa RIT 221-2019, en cuya audiencia de formalización de la investigación se decretó la medida cautelar de prisión preventiva en contra de 3 imputados por el delito de incendio, en base exclusivamente a la declaración de dos testigos con reserva de identidad o testigos protegidos y rechazó la solicitud de la defensa de obtener la identificación de dichos

---

<sup>39</sup> CA de Concepción, causa Rol N° 491/2018.

<sup>40</sup> CA de Iquique, causa Rol N° 323/2017.

testigos, toda vez que con ello la medida cautelar de prisión preventiva impuesta deviene en ilegal y arbitraria.

En la audiencia del día 1 de julio de 2019 se formalizó a los imputado, solicitando el MP imponer la máxima medida cautelar, fundado su solicitud en sólo dos declaraciones de testigos con identidad desconocida, oponiéndose la defensa por una multiplicidad de antecedentes que emanan de la propia investigación del MP que descartan la participación de los imputado en el hecho, resolviendo el tribunal acceder a dicha solicitud, pero sin pronunciarse sobre la teoría del caso de la defensa y fundando la misma en antecedentes de la investigación que, con posterioridad, en audiencia del 3 de julio de 2019, el juez consideró que no eran fuentes de prueba, toda vez que la calidad de prueba la adquirirán una vez realizada la audiencia de preparación de juicio oral en el presente caso, momento procesal en que podrá solicitarse su exclusión por la defensa.

El día 3 de julio de 2019 se realiza una audiencia de cautela de garantías en favor de los imputado, oportunidad en que la defensa solicitó conocer la identidad de los testigos reservados o protegidos, toda vez que la protección de la identidad de estas personas afectaba de manera grave el derecho de defensa de los imputados y con ello el debido proceso, al otorgar esa cobertura en casos diversos a los contemplados en nuestro ordenamiento jurídico en leyes especiales. El juez recurrido rechazó la solicitud, incurriendo en infracciones: al deber de fundamentación de las resoluciones judiciales; al utilizar antecedentes ilegales para imponer la medida cautelar de prisión preventiva en contra de los imputado; al principio de proporcionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva, afectando con ello el derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado. No hay fundamentación si el tribunal se remite únicamente a los antecedentes proporcionados por la fiscalía y no se hace cargo, aunque sea someramente, de las particulares alegaciones de la defensa.

El MP fundó la solicitud de imponer la medida cautelar de prisión preventiva en las declaraciones de dos testigos reservados o protegidos, quienes, sin ser testigos presenciales, dan cuenta de dos testimonios de oídas:

- a) El testigo protegido N° 2 quien indica que: “estos hombres estaban como dije anteriormente exaltados y hablaban de lo que habían hecho con ocasión del incendio y la agresión al Pakistán, el Horopari (Jean Mattew Horopari Tuki Pont) me dijo que tomó bencina de su motocicleta y la echó a una botella y se la pasó al Kokiri (Iovani Pate Tuki), quien estaba en el techo del Juzgado junto a Nicolas

(Guillermo Nicolas Pont Pont) siendo este último quien abrió el techo con un chuzo y por ahí el Kokiri tiró el pasto prendido con bencina”, agregó que por ahí fue donde partió el fuego.

- b) Testigo protegido N° 3 quien indica que: “hago presente que en la Isla todos saben y comentan, pero en particular yo recibí esta información de familiares cuando vieron cuando un joven llamado Jean Mattew Horopari Tuki Pon sacó bencina desde una motocicleta y la roció en pasto, para posteriormente pasársela a otro joven que estaba en el techo del tribunal, llamado (Iovani Pate Tuki), apodado Koriri, estos dos jóvenes eran ayudados por otro joven llamado al parecer era Guillermo Nicolas Pont Pont conocido como Nicolás. Este joven con un chuzo levantó las planchas de zinc y tiraron el pasto con bencina al interior del tribunal, hago presente que el nombre de Nicolas lo parto porque lo he escuchado de personas de la Isla, pero mis familiares no me dijeron quién fue el que tomó el chuzo y abrió el techo.”

La defensa se opuso a la solicitud de medidas cautelares en orden a la siguiente teoría del caso: que no se existen antecedentes suficientes que justifiquen la participación del imputado en los hechos por los cuales se le formalizó. Dicha teoría del caso se sustenta en los siguientes fundamentos:

- 1) La imputación proviene de dos testigos protegidos o reservados, respecto de los cuales no hay norma legal que ampare dicha protección, y quienes no son testigos presenciales, sino que dan cuenta de una información que reciben de manera indirecta: de lo que dicen en la isla (testigo N° 3) y de lo que supuestamente le dijeron los propios imputados sobre lo que habrían hecho (testigo N° 2).
- 2) La referida imputación proveniente de los testigos reservados no tiene ningún correlato en los demás antecedentes de la investigación del MP.
- 3) No hay declaración de testigos presenciales que sea concordante con dichas declaraciones, es más, de los testigos presenciales se llega a la conclusión que el incendio se inicia al interior del tribunal. Además, según los mismos testigos el inicio del incendio se produce por diversos factores externos: ingreso de bombas de humo, bomba molotov, ingreso de papeles prepicados. Dichos elementos externos habrían ingresado por las ventanas del tribunal. La referida información consta en sendas declaraciones de testigos presenciales que fueron leídas en la audiencia

- 4) Aún más, las declaraciones de los testigos reservados tienen su correlato científico en la prueba pericial realizada en la presente causa, en la cual el perito bioquímico indica que el incendio se inicia en la parte baja de la sala de audiencias del tribunal, descartando la presencia de acelerantes en el inicio del fuego.

Alega infracción al principio de legalidad en que incurre el ente persecutor al dar la calidad de testigo reservado o protegido a dichos testigos, y así dar valor a sus testimonios, indica que no existe norma legal que autorice la reserva de identidad a un testigo, salvo en los casos del art. 15 de la Ley 18.314 y art. 30 de la Ley 20.000, normas especiales que no tienen aplicación en el caso de marras. El CPP no consagra en parte alguna la facultad del ministerio público de reservar o proteger la identidad de un testigo en delitos que no sean de aquellos consagrados en leyes especiales.

Además alega se infringe el principio de proporcionalidad, cuando el juez sustenta la imposición de la medida cautelar en el testimonio de dos testigos reservados que, no sólo son los únicos que dan la versión en contra de los imputados, sino que además, es el propio juez quien indica que ni siquiera sabemos si sus testimonios podrán ser incorporados al juicio, todo lo cual deber ser discutido en la oportunidad procesal respectiva (audiencia de preparación de juicio oral), es decir, el mismo juez que impone la medida cautelar de prisión preventiva al imputado por considerar que las declaraciones de los testigos reservados son antecedentes calificados, dos días después considera que esas declaraciones no son tales, pues ni siquiera sabemos si los testimonios serán incorporados como prueba al juicio, pues debe discutirse su incorporación en la audiencia de preparación de juicio oral respectiva.

Por estos fundamentos el abogado defensor interpuso recurso de amparo en favor de los imputados, en contra de las resoluciones judiciales dictadas por el Juez del Juzgado de Garantía de Isla de Pascua que impuso la medida cautelar de prisión preventiva en contra de los imputados.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, estuvo por rechazar el recurso de amparo en base a las siguientes consideraciones:

- 1) Que el recurso de amparo es un proceso de tutela urgente del derecho fundamental a la libertad personal y seguridad individual, establecido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, que es procedente en aquellos casos en que una persona fuere arrestada, detenida o presa con infracción a la Constitución o a las leyes o sufra cualquier otra privación,

perturbación o amenaza al derecho fundamental antes aludido, fuera de los casos en que el ordenamiento jurídico lo permite.

- 2) Que atendido el mérito de los antecedentes y lo informado por la recurrida, se desprende que las resoluciones impugnadas fueron dictadas por tribunal competente, en uso de sus facultades legales y dentro del marco de un proceso penal legalmente tramitado, en el que los amparados contaron con asesoría letrada, las cuales no dedujeron recurso de apelación en tiempo y forma, en contra de la resolución que impuso la medida cautelar de prisión preventiva, sin que pueda en consecuencia advertirse a su respecto la existencia de una actuación ilegal del recurrido que importe una vulneración a su libertad personal o seguridad individual de los amparados.
- 3) Que, a mayor abundamiento, la alegación efectuada por la defensa de los amparados, en orden a que el Tribunal no se habría hecho cargo de su teoría del caso, por cuanto, no existen antecedentes que permitan la imputación de la acción desplegada por ellos, esto es, que habrían tirado por el techo del Tribunal pasto encendido con fuego para producir el incendio, son cuestiones de fondo, que se encuentran siendo investigadas por el ente persecutor, no vislumbrando estas sentenciadoras una falta de razonamiento en las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía, por el contrario, el juez razona en base a cada uno de los presupuestos exigidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal, para arribar a la conclusión de la necesidad de cautela de la medida impuesta.
- 4) Que, respecto a la solicitud de acceder a la identidad de los testigos protegidos, estiman estas sentenciadoras que tal decisión se encuentra amparada genéricamente en las atribuciones que le confiere el artículo 308 del Código Procesal Penal, norma que indica: “El tribunal, en casos graves y calificados, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último, las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de vídeo conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario. “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 entenderá que constituye un caso grave y calificado aquel en que la solicitud se fundamente en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio.” En consecuencia, el resguardo de la identidad de ambos testigos durante la etapa de investigación aparece como una medida idónea y necesaria para garantizar la vida e integridad física, siendo dable en la especie, atendida la característica insular y de aislamiento en que ocurren los hechos de la formalización, presumir fundadamente que los imputados pueden atentar contra ellos, medida que no atenta contra el derecho a defensa, máxime cuando las declaraciones de los testigos reservados han sido puestas en conocimiento del recurrente.

- 5) Que, finalmente y en cuanto a la proporcionalidad de la medida de protección cuestionada, debe afirmarse que el derecho de la defensa, en aquella manifestación consistente en la posibilidad de rendir prueba respecto de la credibilidad de los deponentes, no puede entenderse coartado en su esencia, pues tal actividad podrá ser desplegada durante la etapa intermedia del procedimiento, al ser obligación del Ministerio Público el expresar en su acusación: “El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio” , tal como lo dispone el artículo 259 f) del Código Procesal Penal, medios de prueba dentro de los que se encuentran los testigos, bajo el entendido que el organismo persecutor decida incorporar su declaración en la audiencia de juicio oral, situación que, por ahora, aparece como una mera probabilidad. (Excma. Corte Suprema Rol 26.767-2018).

Este caso, es bastante ilustrativo de un problema que se suscita con la actual deficiente y poco detallada regulación del CPP, y es que la institución de testigos protegidos no se regula a propósito de la etapa de investigación y por tanto de la formalización de la investigación, momento en el cual el fiscal puede solicitar medidas cautelares tales como la prisión preventiva. Vemos un déficit en esta etapa, pues se decreta prisión preventiva exclusivamente en base a declaraciones de testigos con reserva de identidad los cuales ni siquiera eran testigos presenciales, sino que, de oídas, sin que la declaración de reserva de identidad haya pasado por algún control de

admisibilidad. Además, tomar exclusivamente como prueba de gravosidad la declaración de estos testigos supone una afectación grave al derecho de defensa del imputado, pues ve mermado su derecho a crear su teoría del caso con los suficientes antecedentes.

Por otro lado, la actual regulación del CPP no regula la existencia de testigos con reserva de identidad, sino que meramente menciona la protección como la declaración por videoconferencia o en biombo, o protecciones pre y pos-declaración, siendo necesaria una regulación más acabada que resguarde debidamente tanto el derecho de defensa del imputado como el principio de protección a los testigos.

### **3.2 Caso de Homicidio: Causa N° 132.015-2020, Apelación Protección, Excelentísima Corte Suprema.**

En causa de homicidio ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago fueron formalizados cinco individuos como autores de los delitos consumados de homicidio y amenazas, hechos ocurridos el 25 de noviembre de 2019 en la comuna de Las Condes. De acuerdo con los antecedentes de la investigación, aquellos delitos se contextualizan en una disputa por drogas entre individuos que viven en un mismo sector. Lugar donde también residen ambos testigos cuya identidad fue ordenada mantener en reserva por el MP, en uso de la facultad que le confiere el art. 308, inc. 2º, del CPP.

En la audiencia de cautela de garantías desarrollada el 29 de mayo de 2020 la Jueza del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, dispuso entregar a la defensa de uno de los imputados la identidad de dichos testigos, motivando tal resolución en la no concurrencia de circunstancias graves y calificadas, tales como malos tratos de obra o amenazas.

Ante dicha situación, la Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Las Condes, dedujo recurso de protección en contra de la Jueza del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, calificando como ilegal y arbitraria la orden de entregar a la defensa la identidad de dos testigos protegidos, de forma tal que amenazaría el legítimo ejercicio del derecho de dichos testigos a la vida y a la integridad física y psíquica puesto que, en la audiencia de cautela de garantías desarrollada el 29 de mayo de 2020 la recurrida (Jueza del Tribunal de Garantía de Santiago) dispuso entregar a la defensa de uno de los imputados la identidad de dichos testigos, motivando tal resolución en la no concurrencia de circunstancias graves y calificadas, tales como malos tratos de obra o amenazas.

Por su parte, la recurrente explica que dicha instrucción de la jueza es ilegal y arbitraria, argumentando de la siguiente forma:



- 1) La dinámica de los hechos formalizados da cuenta de la agresividad y peligrosidad de los imputados, quienes dieron muerte a la víctima actuando en grupo.
- 2) En su declaración ante la Policía de Investigaciones de Chile los propios testigos manifestaron sentir temor a ser objeto de represalias por parte de los imputados.
- 3) El tratarse de un homicidio “vecinal”, donde víctima, victimarios, testigos y la familia de cada uno de ellos se conocen entre sí y residen en el mismo sector.
- 4) La exigencia de mediar un “caso calificado” contenida en el artículo 308 del Código Procesal Penal no puede entenderse como equivalente a que el maltrato o la amenaza haya ocurrido.
- 5) El tribunal se ha inmiscuido en facultades propias y privativas del ente persecutor.
- 6) No es la etapa de la investigación, la etapa procesal pertinente para exigir la identidad de los testigos, debido a que el Ministerio Público no ha decidido aún si los presentará a declarar al juicio oral que posteriormente se deberá desarrollar.

Finalmente, alega la recurrente que se mantenga la reserva de la identidad de los testigos en cuestión. Además, que la sentencia recurrida (Corte de apelaciones) acogió el recurso antes resumido, dejando sin efecto la resolución de 29 de mayo de 2020 y ordenando mantener la reserva de la identidad de ambos testigos. Para ello tuvo en consideración, que el art. 308 del Código Procesal Penal prevé dos facultades distintas entre sí: la contenida en su inc. 1º, dirigida al tribunal; y la reglada en su inc. 2º, privativa del Ministerio Público y que no admite revisión en sede jurisdiccional.

La Corte Suprema por su parte dispuso de lo siguiente y rechazó la acción de protección interpuesta por el MP contra de la resolución de la jueza de garantía de Santiago:

- 1) Que, conociendo la apelación deducida por la defensa del imputado, el tribunal a quo hizo suyas las alegaciones del persecutor recurrente, en cuanto al peligro en que se encontrarían los testigos protegidos y la ausencia de vulneración a los derechos de la defensa.
- 2) Que, es necesario recordar que se ha asentado el criterio general de que esta acción constitucional no procede en contra de resoluciones judiciales. Por lo que, no resulta posible sea aquella impugnada por esta vía.

- 3) A pesar de ser suficiente lo antedicho para determinar el rechazo del recurso, la gravedad de las circunstancias detalladas por el Ministerio Público en su libelo torna necesario el reenvío del asunto a la sede declarativa competente.
- 4) Se rechaza el recurso de protección, se ordena al Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago citar a nueva audiencia en causa RIT N° 12271-19, RUC N° 1901278504-9, ante juez no inhabilitado, con la finalidad de discutir la necesidad de adopción de medidas de protección a los testigos en cuestión.

Que el Cuarto juzgado de Garantía de Santiago en audiencia de fecha once de diciembre del 2020 dispuso de lo siguiente: Que el MP entiende dentro de las medidas de protección la reserva de identidad, sin embargo el Tribunal discrepa de ese concepto de vincular específicamente la reserva de identidad a la protección de los testigos que establece el artículo 308 del Código Procesal Penal, se ha estimado y así lo ha dicho la jurisprudencia “que dicho artículo en sus primeros incisos está vinculado a las actuaciones del Tribunal y el segundo inciso se refiere expresamente al MP y si uno analiza la norma del artículo 308 efectivamente dice en casos graves y calificados podrá a solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último.”

Que, cuando el legislador se ha referido específicamente a la reserva de identidad de los testigos lo ha establecido en leyes especiales, cuestión que no está en el Código Procesal Penal, incluso las leyes especiales establece plazos, ya hay al menos jurisprudencia asentada que los testigos no se pueden mantener eternamente en reserva de identidad porque la declaración en el juicio oral, no puede desconocerse por parte del Tribunal, ni tampoco de la defensa, y en los casos que así ha ocurrido y que se han celebrado audiencias con ese mecanismo el Estado de Chile ha sido sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Norín Catrimán contra el Estado de Chile<sup>41</sup>, y ha dado luces al menos de que la reserva de identidad debe ser contrarrestada por medidas de contrapeso, debe ser valorada en conjunto con el acervo probatorio, no se puede decretar sin un control judicial. Y este control judicial de la reserva de identidad de testigos debe ser suficiente, y la suficiencia refiere en orden al señalar expresamente que hay amenazas en forma genérica o circunstancias de temor.

---

<sup>41</sup> Corte Suprema con fecha 29 de mayo del 2014 publica, la sentencia del caso Norín Catrimán, en la que el Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por violar diversos derechos de siete comuneros mapuche y una activista, entre ellos suscita la discusión sobre el derecho de defensa.

El Tribunal entiende que hay una justificación para la medida de protección desde que el MP ha dado ciertos antecedentes que podrían generar el fundado temor de estos testigos respecto de su seguridad, y respecto de estas medidas el MP ha señalado que están derivados los testigos a la unidad de víctimas y testigos.

Sin embargo, al Tribunal le llama poderosamente la atención en honor además que efectivamente los tribunales jerárquicos superiores estaban en conocimiento al momento de esta discusión de que el imputado cuya garantía pudiera verse vulnerada con la reserva de identidad se mantiene prófugo, la alegación de la defensa de un debido proceso y una adecuada defensa se disipa con un imputado prófugo, que no puede en este caso avanzar en el proceso tanto para la discusión de medidas cautelares respecto de la protección de las víctimas, tanto para avanzar en la preparación de juicio oral, tanto para avanzar para el propio juicio o eventualmente una medida de seguridad.

Por ende, la alegación de vulneración de garantías constitucionales estando el imputado prófugo se ve absolutamente disminuida desde que tampoco, aun cuando tenga la identidad de los testigos podrá activamente desarrollar una defensa activa o contrastar la versión de estos testigos con los conocimientos del imputado dado que éste se encuentra prófugo.

Teniendo esto presente el Tribunal concluye que existe necesidad de adopción de medidas de protección, están otorgadas por el MP, él es el obligado a colaborar en que se asegure la debida protección a las víctimas y testigos que no necesariamente pasa por la reserva de identidad, teniendo presente que la Corte Suprema revocó la resolución de primera instancia que acogió el recurso de protección, sin embargo la entrega de esta información a fin de que se pueda hacer valer el derecho que la defensa alega que está conculcado, deberá hacerse una vez que el imputado esté presente en el proceso.

Por lo que el Tribunal de Garantía resuelve, que el MP deberá entregar la identidad de los Testigos manteniendo las medidas de protección antes decretadas, sin embargo, teniendo presente que el imputado está prófugo dicha información será aportada una vez que el imputado sea habido para que la defensa puede ejercer sus derechos al tenor del art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Este caso, es bastante demostrativo del problema que se suscita con la actual regulación del CPP, pero también demuestra cómo se ha ido gestando una interpretación en relación al art. 308 CPP, puesto que el MP ordena mantener en reserva la identidad de los testigos, en uso de la facultad que le confiere el art. 308, en particular por el inc. 2º,

del Código Procesal Penal. Puesto que el art. 308 del CPP prevé dos facultades distintas entre sí, en su inciso 1º dirigida al tribunal; y la reglada en su inc. 2º, dirigida al MP.

Sin embargo, observamos cómo se da lugar una discusión valorativa y de procedencia de dicha medida, puesto que la Jueza del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, dispuso la necesidad de que los imputados conociera la identidad de los testigos, toda vez que interpretó restrictivamente que en tales circunstancias no concurren circunstancias graves y calificadas, tales como malos tratos de obra o amenazas.

Sin embargo, el Tribunal de Garantía discrepa de ese concepto de vincular específicamente la reserva de identidad a la protección de los testigos que establece el art. 308 del CPP, que si bien el inciso segundo se refiere al MP, y califica los casos de graves y calificados, se podrá disponer de medidas especiales de seguridad.

Pero, que no obstante lo anterior, y para no inculcar el derecho de defensa del imputado, la reserva de identidad de testigos no se puede mantener indefinidamente, por lo que, para el juicio oral no puede desconocerse por parte de la defensa del imputado y el tribunal, la información que sea pertinente para el ejercicio del derecho de defensa, por lo mismo, se llega a una decisión intermedia, en que se mantiene la medida de reserva de identidad y las pertinentes para la protección de los testigos y víctimas, pero iniciado el juicio oral y contando con la presencia del imputado (que en el caso en cuestión se encuentra prófugo) se debe contar con la información de identidad para la defensa.

Por lo que, podemos observar cómo hay una carencia del deber del Estado, de regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso. Esto se traduce en la necesidad de proporcionar soluciones jurídicas viables, razonables y proporcionales ante la problemática que se presenta, la necesidad de protección ante un peligro para la identidad del testigo, en contraposición una necesidad de defensa ante un peligro de indefensión del imputado.

#### **Capítulo IV: Propuestas**

A modo de contextualización, nos encontramos ante la siguiente tensión: la necesidad de una adecuada protección ante un peligro para la vida o integridad del testigo, en contraposición al derecho de defensa ante una eventual indefensión del imputado debido a la existencia de testigos con reserva de identidad en el proceso.

Por lo pronto, acá resulta clave preguntarnos ¿cuáles de los valores confrontados e involucrados deben primar?, al enfrentarnos a estas interrogantes debemos tener presente que se configura una estructura en sumo compleja, en la que concurren distintos sujetos con intereses contrapuestos y en donde optar por el resguardo de alguno de éstos puede acarrear a su vez problemas respecto de la satisfacción de otros valores también dignos de protección.<sup>42</sup>

Una solución ante esta interrogante es sostener un continuo examen en cuyos extremos se plantean alternativas tales como rechazar o admitir testigos con reserva de identidad, y entre los cuales existen infinitas posibilidades de articulación de las necesidades de los involucrados a efectos de resguardar sus derechos e intereses. En definitiva, la solución no sería o no estaría en afirmar tajantemente que en todo caso se debiera admitir o rechazar los testigos con reserva de identidad.

Por lo tanto, hemos establecido que la solución no es tajante o unívoca, por lo que este examen pasa más bien por la ponderación de criterios y valores, y que el juez debe sopesar los elementos en tensión teniendo en consideración las particularidades del caso en concreto. Así, nuestra propuesta es tener a la vista los criterios que debe analizar y ponderar el juez de garantía, los cuales son los siguientes:

1.- Criterio de importancia o pertinencia del testigo con reserva de identidad en relación con los hechos del caso y con las garantías del imputado:

En cuanto a la pertinencia en relación con los hechos del caso, este criterio apunta a la importancia o el quantum de la afectación que puede llegar a significarle a la defensa la reserva de identidad de un testigo en los momentos más trascendentales del proceso y en donde en definitiva se decidirá sobre la admisibilidad de la prueba, esto es, en la etapa de preparación del juicio oral y acerca de su responsabilidad en los hechos imputados, esto es, en el juicio oral propiamente tal, por lo que, se aconseja emplear un estándar lo más elevado posible de ponderación en esta etapa.

---

<sup>42</sup> RIOS, Erick. (2011). La admisibilidad de testigos desconocidos para la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial, en: Diez años de la reforma procesal penal en Chile, 345.8305/D568, p.14.

La prueba debe ser “*manifiestamente pertinente*”, es decir, para admitir a los testigos con reserva de identidad y que posteriormente la prueba sea valorada por el juez, el testigo debe necesariamente conocer el objeto de prueba del proceso (las circunstancias de hecho). Por lo tanto, diremos que será pertinente “la prueba que entrega conocimientos respecto de una afirmación relativa a un hecho relevante. Son hechos relevantes los principales, los secundarios o indicios y los relativos a la fiabilidad o credibilidad de la prueba”<sup>43</sup>. En nuestro caso en cuestión, será relevante el testigo con reserva de identidad que otorgue afirmaciones fácticas relevantes del caso concreto. A contrariu sensu, será impertinente el testigo con reserva de identidad que entrega conocimientos respecto de un hecho objeto de prueba, y que se refiere a circunstancias ajenas al hecho punible.

“La exclusión de prueba por impertinencia le exige ser manifiesta, lo que genera que tratándose del examen relativo al objeto de la prueba, se amplíe su alcance, debiendo ante la duda incluirse la prueba.”<sup>44</sup> Es decir, si se estamos frente a un testigo, el cual tiene su identidad reservada, y además es un testigo manifiestamente impertinente (haciendo alusión a que su declaración es impertinente en relación con los hechos del caso) primero, no debe administrarse su reserva de identidad, y segundo, puede que de plano el testigo como medio de prueba sea inadmisibile por ser del todo impertinente.

La manifiesta impertinencia también se ha planteado a nivel nacional referida a la vulneración de garantías constitucionales. Si bien esta postura sostenida por Hernández Basualto se desarrolla a la luz de los testigos de contexto, el punto relevante para nuestros propósitos es la posibilidad de que la prueba tenga como efecto, de ser presentada en juicio, vulnerar las garantías constitucionales del imputado, tales como el debido proceso.<sup>45</sup>

En nuestro ordenamiento procesal penal, se establece expresamente la regla de exclusión de prueba por infracción de garantías en relación con la obtención de prueba, pero en el análisis de los testigos protegidos nos encontramos ante la posible infracción de garantías, ya no en el ámbito de obtención de la prueba, sino que ante una posible

---

<sup>43</sup> OBANDO Sandra, Alcance de la exclusión de prueba por manifiesta impertinencia en el proceso penal chileno. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, 2012, Universidad de Valparaíso, pág. 51.

<sup>44</sup> Ídem, pág. 52.

<sup>45</sup> Véase: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. (2010). “Pertinencia cómo garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Universidad Austral de Chile, AbeledoPerrot, Legal Publishing p.21.

infracción de garantías con la presentación de la prueba en juicio, pues pudiese vulnerar el derecho de defensa del imputado. Por lo que un testigo con reserva de identidad que vulnere las garantías constitucionales del imputado debe ser declarado impertinente por vulneración de sus garantías.

Por lo tanto, la causal de exclusión de prueba del Art. 276 CPP por manifiesta impertinencia puede interpretarse en términos de que la garantía se refiere a la relevancia en sentido epistemológico y como garantía. Para Hernández Basualto no es necesaria una norma expresa que excluya la prueba en que la transgresión a la garantía no se genera en su obtención si no en otro momento, porque en la labor jurisdiccional el velar por el respeto a las garantías y la exclusión en el caso en estudio es el único remedio ante los atentados que se producirían a las garantías, de ser llevadas a juicio las pruebas en cuestión.<sup>46</sup>

## 2.- Criterio de necesidad de protección de la víctima y testigos:

Este criterio apunta a que la medida debe servir efectivamente al propósito de protección, respetando parámetros de proporcionalidad e idoneidad. Así, por ejemplo, si es posible brindar protección por medio de una alternativa menos lesiva, ésta deberá ser preferida.<sup>47</sup>

No somos partidarias de que la solución sea excluir completamente la posibilidad de reserva de identidad de los testigos en peligro que ameritan de cierta forma resguardar su integridad, pues no podemos obviar la realidad, además hay criterios y valores en juego que deben ser ponderados por el juez tales como el éxito de la investigación, el valor estratégico de la declaración del testigo para el caso de la acusación, la seguridad jurídica y principio de racionalidad, entre otros.

## 3.- Criterio de la gravedad del hecho en términos de su importancia para la legitimidad del sistema de justicia:

La existencia de ciertos casos que, por tratarse de delitos graves - gravísimos, la nomenclatura de crímenes propiamente tal del art. 3 del Código Penal, y por la

---

<sup>46</sup> OBANDO, Sandra (2012). Alcance de la exclusión de prueba por manifiesta impertinencia en el proceso penal chileno. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Valparaíso, pág. 49-50.

<sup>47</sup> RIOS, Erick. (2011). La admisibilidad de testigos desconocidos para la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial, en: Diez años de la reforma procesal penal en Chile, 345.8305/D568, p.27.

importancia o impacto social que generan suelen cumplir un cierto rol “legitimante” para el sistema en su conjunto. Los jueces también deben considerar este elemento en su análisis de ponderación. Así, en un determinado caso de gran conmoción, por tratarse de aquellos delitos más graves, surge la necesidad de que se brinde protección a un determinado testigo como forma de transmitir el mensaje a la comunidad que las necesidades de los testigos van a ser lo suficientemente protegidas en el marco de un proceso penal y como un mecanismo de generar confianza en el proceso judicial, en general se ha entendido que el juez debe tender a su aceptación o admisibilidad.<sup>48</sup>

¿Deberíamos entender que frente a estas situaciones el juez debe renunciar a un rol objetivo, imparcial y que el acusado quede en desamparo o indefensión? La respuesta es un no, debido a que en tales casos los jueces deben extremar esfuerzos. Primero, atender al criterio de la gravedad del hecho, si es de aquellos hechos que, por ejemplo, ponen en sumo peligro la integridad física o psíquica de la víctima y/o del testigo, en tal caso, parece ser necesario y evidente decretar la reserva de identidad.

Pero en segundo lugar, se debe compensar adecuadamente a la defensa y permitirle ejercer su derecho a confrontación o contrainterrogación, en la que se permita a la defensa conducir directamente sus preguntas para preparar adecuadamente su caso, o imponiendo otros deberes más gravosos de descubrimiento que los expresamente previstos en el CPP, como informar si ha intervenido en otras ocasiones en procedimientos penales o certificar condiciones del testigo que puedan ser relevantes para el caso concreto, entre otras compensaciones posibles.

Así por ejemplo, y acá traemos nuevamente a consideración el caso de las leyes penales especiales vistas en el primer capítulo, la Ley 18.314 que determina las conductas terroristas, se trata de delitos de especial consideración debido a la gravedad que implican, y en dicha ley, tenemos una regulación especial tratándose de la integridad de un testigo, dispone que se pueden tomar medidas especiales de protección que resulten adecuadas, las cuales se dispondrán de oficio, se trata de una protección mucho más intensa, pues aparte de decretar la reserva de identidad, podrá decretar otras medidas como el cambio de identidad del testigo incluyendo la de su grupo familiar.

Otro ejemplo, también lo tenemos a propósito de la ley 20.000 sobre el tráfico de estupefacientes, establece medidas especiales de protección para proteger la identidad y

---

<sup>48</sup> GUERRA, Miguel. (2009) El Secreto de la Investigación en los Casos de la Ley 20.000. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 40.



la integridad física del testigo y establece medidas consistentes en la reserva de su identidad y domicilio.

Entonces, en estas leyes especiales que toman en consideración la gravedad del delito, el tribunal o juez, puede ir analizando y ponderando si existe un riesgo relevante para los testigos según factores como la gravedad del delito sobre el cual va a declarar sobre hechos fácticos relevantes, también teniendo en consideración otros factores como la agresividad del hechor, el riesgo para su integridad que implica la exposición de su identidad, pero también ponderando y compensando a la defensa, permitiéndole ejercer su derecho de confrontación.

Es decir, en estos casos se atiende a la gravedad del hecho delictual, por tratarse de circunstancias calificadas, en donde resulte manifiesto el peligro para la integridad física o psíquica del testigo, como también exista un temor fundado por su integridad, resulta evidente que teniendo en consideración tales factores, sea admisible la reserva de identidad del testigo. No obstante, es necesario que el juez también extreme sus recursos para que la contraparte no quede en una situación de indefensión, donde se le permita la confrontación con el testigo con reserva de identidad, como también la disposición de otras informaciones que puedan ser relevantes para el caso concreto.

#### 4.- Criterio del rol del MP en la declaración de testigos con reserva de identidad:

El interés en juego acá es evitar que las fiscalías descansen en este tipo de testigos. Éstas no pueden contar con que los Juzgados de Garantía siempre van a admitir este tipo de testigos para que se sientan empujadas a extremar esfuerzos por reunir prueba adicional y de calidad. Por consiguiente, la fiscalía debe estar en condiciones de sostener en la audiencia intermedia (y los jueces atentos a controlar) que, si no dispone de más prueba, que en los hechos le hubiera permitido incluso prescindir del testigo reservado, no es consecuencia de una investigación negligente o mal encaminada.<sup>49</sup>

Por lo que, podría elevarse un estándar más exigente al Ministerio Público en relación al art. 259 CPP letra f, en cuanto al señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público pensará valerse en el juicio, a efecto de que describa con la mayor cantidad de detalles posibles los medios de pruebas que hará valer, pero también que

---

<sup>49</sup> RIOS, Erick. (2011). La admisibilidad de testigos desconocidos para la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial, en: Diez años de la reforma procesal penal en Chile, 345.8305/D568. p.27.

tratándose de la figura de los testigos con reserva de identidad, señale qué es lo que podrá declarar en juicio el testigo reservado, y fundamentar cuál es la necesidad de mantener en reserva la identidad del testigo en juicio.

Sin que lo anterior, obste a que se pueda solicitar por parte de la defensa la exclusión de los testigos ofrecidos con reserva de identidad, salvo que el MP acredite circunstancias que justifiquen que la medida se mantenga desde la etapa de investigación hasta el juicio oral.

#### 5. - Criterio de admisibilidad de los testigos con reserva de identidad y rol del Juez de Garantía:

Como mencionamos anteriormente, la admisibilidad o inadmisibilidad de los testigos protegidos se resuelve casuísticamente, y lo que hemos propuesto son parámetros objetivos que deben tener una regulación normativa positiva en nuestro CPP. En este sentido, el rol que tiene el Juez de Garantía es realizar un control de admisibilidad de los testigos protegidos con reserva de identidad en base a los criterios mencionados.

De esta forma, el juez va a examinar si existe o no un riesgo importante para la vida o integridad de los testigos, si la revelación de su identidad produce o no un perjuicio para el éxito de la investigación, si se vulnera o no en esencia el derecho de defensa del imputado por la reserva de identidad del testigo, la gravedad del delito, si la declaración del testigo es pertinente con los hechos del caso, entre otros factores a considerar en el caso concreto.

Ahora bien, decíamos que estos factores deben objetivarse a través de una modificación normativa. Por lo que, el análisis y ponderación que realiza el Juez de Garantía es en lo relativo al modo y al momento en que ha de decretarse admisible la prueba testimonial de testigos protegidos, o bien, el descubrimiento de la identidad del testigo.

El Juez de Garantía que acuerde la revelación de la identidad de la persona amparada por la medida de reserva de identidad, debe de exigir que haya sido admitida la práctica de tal prueba testifical, a fin de evitar el descubrimiento innecesario de una persona. Asegurando en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así el Juez lo determine.

Por tanto, el rol del Juez de Garantía es realizar dicho examen de ponderación y ocuparse de articular los intereses en juego. Se ha sostenido que la reserva de identidad

dispuesta por el fiscal en la acusación en el marco de la normativa general del CPP debe ser mantenida hasta el inicio del juicio oral, momento en que debe dejar de regir, pues en esta audiencia regiría una contradictoriedad plena<sup>50</sup>. No obstante lo anterior, sostenemos que lo óptimo es que la defensa esté legitimada para solicitar previo al juicio oral, en la etapa intermedia, que se levante la reserva o bien se mantenga. De tal manera, que el Juez de Garantía tenga la oportunidad de evaluar, sopesar, los criterios mencionados anteriormente y que se encontrarían en virtud de nuestra propuesta, objetivados normativamente en el CPP.

El juez deberá sopesar los elementos en tensión, con tal propósito, el interesado en beneficiarse con la reserva y/o el MP, según sea el caso, deberá solicitar fundadamente la medida al Juez quien es el órgano que analizará si es admisible en el caso concreto la reserva de identidad y en virtud de aquello disponga si se dan los requisitos de necesidad y proporcionalidad del caso.

No obstante lo anteriormente mencionado en cuanto a los criterios a analizar por parte del juez de garantía y su rol en la admisibilidad de los testigos con reserva de identidad, reconocemos que la ponderación de criterios varía caso a caso, no pudiendo establecer una respuesta unívoca para todos los casos pues estos varían en sus condiciones de hecho y tienen particularidades concretas, por esto creemos que lo relevante es que todos estos criterios sean objetivos, es decir, que se regulen formalmente y de manera acabada, mas no taxativa (pues reconocemos que pueden surgir nuevos criterios en la casuística o intereses no contemplados) en el CPP de forma tal que la admisibilidad de la figura de los testigos protegidos en el proceso penal, sí o sí deba pasar por este examen o ponderación de criterios.

Por tanto, y teniendo presente lo anteriormente expuesto, nuestra propuesta es realizar una reforma legislativa a efectos de que se regule con precisión la institución de testigos con reserva de identidad en toda la etapa investigativa, intermedia y de juicio oral, puesto que hoy en día tiene una acotada y poco detallada regulación a propósito del juicio oral, dejando sin regulación otras etapas del proceso, dando pie a que se vulnere el derecho de defensa del imputado, siendo este examen supeditado al examen casuístico

---

<sup>50</sup> ROJAS VALDEBENITO, Sonia; y ROJAS AGUIRRE, Luis. (2010). La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal. En: Ministerio Público, división de atención a víctimas y testigos. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes, p. 201.

que realizará el Juez de Garantía teniendo en base a los criterios que vimos anteriormente.

### **Conclusiones**

1. El objetivo que nos propusimos es hallar el equilibrio en una balanza en la que, por un lado, se encuentra el testigo, al que se ha de brindar protección, y por otro, el ciudadano acusado al cual no se le pueden conculcar sus derechos, y en particular su derecho a defensa.
2. En este sentido, vemos que se produce una colisión de derechos (derecho de defensa en contraposición del derecho para la integridad y la vida del testigo), ante ambas necesidades, de defensa del acusado y de protección del testigo, lo ideal es que se concrete un nivel intermedio en el cual se brinde una efectiva protección del testigo, pero también garantizar que el acusado cuente con la información necesaria en el proceso a efectos de no quede en un estado de indefensión.
3. Se trata, entonces, de conjugar intereses opuestos, por ello, es que la solución no es tajante, y más bien apunta a ponderar factores objetivos que van surgiendo en el caso en concreto, por tanto, el juez de garantía debe tener en consideración los hechos particulares del caso en este examen obligatorio de criterios a ponderar y analizar.
4. La protección de los derechos de testigos no puede vulnerar los derechos fundamentales del acusado porque si se utilizan atajos de esta naturaleza se produce una merma en las garantías procesales del debido proceso. No obstante, tampoco podemos obviar la realidad y no permitir en ningún caso la institución de los testigos con reserva de identidad.
5. Por tanto, nuestra propuesta pasa por una reforma legislativa en la cual se regule con precisión y detalle la institución de testigos con reserva de identidad tanto en la etapa investigativa, intermedia y de juicio oral, consistente en la realización de un examen de criterios a realizar por el Juez de Garantía, quien debe tener especial

consideración en los hechos del caso concreto a efectos de conjugar exitosamente los criterios e intereses de los intervinientes.

6. Esta reforma legislativa consiste en la inserción de una norma al CPP que contenga el examen de los criterios de admisibilidad de los testigos con reserva de identidad, que vimos a propósito del rol del Juez de Garantía, quien sería el encargado de realizar este examen de manera minuciosa y fundada. Regulándose dichos criterios sistemáticamente, pero no de manera taxativa, señalándose expresamente que no obstante los criterios que se señalan en la norma, el juez tiene la facultad de ponderar nuevos criterios que vayan surgiendo durante el proceso en el caso concreto con la finalidad de ponderar los intereses en juego.
  
7. Respecto a la instancia procesal, la propuesta es que se regule en la etapa de investigación, intermedia y de juicio oral, por lo que a efectos de regular de manera lo más amplia posible en las etapas del proceso penal creemos que debe insertarse en el Libro II, Título II, párrafo quinto a propósito de los testigos. En tal sentido, la norma debe contener los criterios que fueron trabajados, esto es, el criterio de importancia o pertinencia del testigo con reserva de identidad, criterio de necesidad de protección de la víctima y testigos, criterio de la gravedad del hecho, criterio del rol del MP y el criterio de admisibilidad de los testigos con reserva de identidad.
  
8. Por último, en cuanto a las facultades del juez en el análisis de criterios que debe ponderar para la admisibilidad o inadmisibilidad de testigos protegidos, es un análisis que le permite hacer uso de sus facultades tanto de pertinencia como de garantías, es decir, un análisis mixto, que atienda a ambos criterios, pues, como sostuvimos se trata de situaciones que necesariamente deben ser analizadas en conformidad a la realidad del caso, pero también situaciones en que se encuentran juego las garantías del imputado.

## **Bibliografía**

## DOCTRINA:

**BACIGALUPO, Enrique.** (2002). Derecho Penal y el Estado de Derecho. Editorial Jurídica de las Américas.

**CEA EGAÑA, José Luis.** (2004). La Seguridad jurídica como derecho fundamental, Revista De Derecho vol. 11, N°1. Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo, pág 44-70.

**CALDERÓN, Guillermo.** (2009). Seguridad jurídica y derecho penal. Revista Estudios Jurídicos, Universidad de Chile, N°11.

**DUCE, Mauricio.** (2013). ¿Deberíamos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes Comparados y Locales para el debate. En: Revista Ius et Praxis, Vol. 19, N° 1 2013.

**FERRAJOLI, Luigi.** (2011). Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Capítulo 41, “¿Cómo juzgar? Las garantías procesales”, Editorial Trotta.

**FORTETE, César,** s/f, La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina.

**GARCÍA PINO, Gonzalo. & CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo.** (2013). “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”, en Estudios constitucionales, 11(2).

**GUERRA, Miguel.** (2009). El Secreto de la Investigación en los Casos de la Ley 20.000. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 40. Disponible en World Wide Web: [http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/revistas/Revista\\_Ministerio\\_Publico\\_N\\_40.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/revistas/Revista_Ministerio_Publico_N_40.pdf)

**GUZMÁN, José Luis.** (2015). Caso “Norín Catrimán y otros contra Chile”. Prueba de los hechos de terrorismo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**HORVITZ, María Inés & LÓPEZ, Julián.** (2008). Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil Editorial jurídica de Chile.

**MARTÍNEZ, Ernesto.** (2018). Efectos de la reserva de identidad de testigos en juicios llevados por delitos de carácter terrorista en casos bajo el contexto del conflicto chileno-mapuche. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

**MATUS, Jean Pierre** (dir). (2011). Acusaciones secretas,, Cap. XV: en Beccaria 250 años después, Euros Editores - Editorial B. de F. Buenos Aires.

**MEDINA, Cecilia.** (2013). “Derechos humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad”, en: Informes en Derecho, N°12, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile, Octubre.

**MONTERO, Juan.** (2006). El significado actual del llamado principio acusatorio. En: GÓMEZ, Juan-Luis y GONZÁLEZ, José-Luis (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch.

**OBANDO, Sandra.** (2012). Alcance de la exclusión de prueba por manifiesta impertinencia en el proceso penal chileno. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Valparaíso.

**PEDRALS, Antonio.** (2014). “Fundamentos de teoría general del derecho”, Capítulo XIX Principios generales.

**PFEFFER, Emilio.** (2010). Código Procesal Penal Anotado y Concordado. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

**RIOS, Erick.** (2011). La admisibilidad de testigos desconocidos para la defensa. Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial, en: Diez años de la reforma procesal penal en Chile, 345.8305/D568, pp.383-432.

**ROJAS V. Sonia; y ROJAS A. Luis.** (2010) La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal. En: Ministerio Público, división de atención a víctimas y testigos. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes.

**SANTOS A. Jesús & DE PRADA, Mercedes.** (2012). Protección del testigo en procesos de terrorismo. En: BACHMAIER, Lorena (coord.), Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons.

## **JURISPRUDENCIA:**

Corte Suprema en causa Rol N° 1844-2012 de 18 de abril de 2012, Condena por Homicidio Simple.

Corte Suprema en Causa N° 132.015-2020, Apelación de Protección, Causa por Delito de Homicidio.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recursos de Amparo N° 492-2019; 493-2019 y 494-2019, Caso Isla Rapa Nui.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2921-11, de 3 de junio de 2011, Considerando 35.

Caso número 10/1988/154/208, resolución de fecha 20 de noviembre de 1989.  
Resolución 827/1993 del 25 de mayo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas  
Sentencia nº Rol 2856-15 de Tribunal Constitucional, 15 de diciembre de 2016.  
CA de Copiapó, causa Rol N° 339-2002, RUC N°52404-5 año 2002.  
CA de Santiago RUC N° 0500237652-2 de 10 de enero de 2006.  
CA de Valparaíso, causa Rol N° 57/2017.  
CA de Concepción, causa Rol N° 491/2018.  
CA de Iquique, causa Rol N° 323/2017.  
Corte Suprema con fecha 29 de mayo del 2014 publica, la sentencia del caso Norín Catrimán, en la que el Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por violar diversos derechos de siete comuneros mapuche y una activista, entre ellos suscita la discusión sobre el derecho de defensa.