

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO
ESCUELA DE DERECHO.



**“LA RESERVA DE IDENTIDAD DE LOS TESTIGOS, EL
DERECHO DE DEFENSA Y EL NUEVO SISTEMA
PROCESAL PENAL CHILENO”.**

Alumna: ELISA ARACELY ANDREA GÉNOVA ESPINOZA.
Profesor Guía: GONZALO AGUILAR CAVALLO.

TEMUCO, 03 de Noviembre de 2004.

ÍNDICE.

| | |
|---|-----------|
| ABREVIATURAS..... | 3 |
| INTRODUCCIÓN. | 4 |
| CAPÍTULO I: “EL DEBIDO PROCESO COMO UNA PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO”..... | 6 |
| 1. ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO. | 8 |
| 2. EL DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980..... | 9 |
| CAPÍTULO II: “ANÁLISIS LEGAL DEL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DEL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO”..... | 14 |
| 1. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. | 14 |
| 2. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNO CHILENO..... | 18 |
| CAPÍTULO III: “EL DERECHO DE DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”..... | 21 |
| 1. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A LA PRUEBA. | 21 |
| 2. PERSPECTIVA LEGAL. | 24 |
| 3. EL APORTE DOCTRINAL. | 29 |
| 4. EXAMEN PRETORIANO DEL DERECHO DE DEFENSA. | 39 |
| 4.1. <i>Jurisprudencia Internacional.</i> | 39 |
| 4.2. <i>Jurisprudencia Comparada.</i> | 41 |
| 4.3. <i>Jurisprudencia Nacional.</i> | 43 |
| CONCLUSIONES. | 48 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 51 |

ABREVIATURAS.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPP: Código Procesal Penal.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

INTRODUCCIÓN.

Gran impacto en la opinión pública ha provocado la aceptación como medio de prueba en juicios penales orales, la declaración de testigos cuya identidad, para seguridad de éstos, es desconocida por la defensa y el imputado. Esto nos ha motivado a llevar a cabo una investigación que tiene por objeto determinar en qué medida una decisión como ésta se ajusta a los principios de un Estado Democrático de Derecho.

Sin duda el tema es relevante, pues este medio de prueba podría constituir una limitación al derecho de defensa, uno de los más importantes dentro del principio del debido proceso, y está siendo aceptado hoy por nuestros tribunales.

¿Qué sucede cuando un testigo corre grave peligro producto de su participación en un juicio, de manera tal que es necesario llegar al extremo de ocultar su identidad porque no hay otros medios igualmente eficaces para protegerlo?. ¿Se compadece con los principios del debido proceso una medida como ésta? Estas son las interrogantes que pretendemos dilucidar en este trabajo.

Hemos abordado la investigación de estos temas desde una perspectiva doctrinal y práctica, centrándonos en un análisis pormenorizado de la jurisprudencia nacional, internacional y comparada.

Este trabajo está dividido en tres capítulos, el primero de los cuales aborda el tema del debido proceso como una piedra angular del Estado de Derecho. En el segundo efectuaremos un análisis legal del derecho de defensa dentro del debido proceso”. Finalmente, en el último capítulo de esta tesis trataremos el derecho de defensa y la protección de testigos en el procedimiento penal.

CAPÍTULO I: “EL DEBIDO PROCESO COMO UNA PIEDRA ANGULAR DEL ESTADO DE DERECHO”.

El *due process of law*, o debido proceso, tiene sus orígenes en el sistema del *Common Law*. Fue introducido por primera vez como tal en la Constitución de los Estados Unidos, siendo su antecedente más remoto la Carta Magna de 1215. Tuvo en su origen un carácter meramente formal, pero la doctrina lo extendió a lo que hoy se conoce como *debido proceso constitucional* o simplemente *debido proceso*, el cual exige que el proceso, además de estar regulado por la ley y reservado exclusivamente a la misma, debe ser garantía de una serie de derechos y principios contenidos en el mismo, y que tiendan a proteger a la persona humana frente al silencio, arbitrariedad o error, tanto de los aplicadores del derecho como del propio legislador.¹

La literatura jurídica no ha sido unívoca al definir el debido proceso. Se ha definido como “el proceso que es debido, o sea, justo y apropiado”², o como “aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos

¹ MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, “El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), p.88; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.146.

² “Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos *debidos* si siguen las formas establecidas del derecho, o si, al adaptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de libertad y de la justicia”. PRITCHETT, Hermann, citado por CAROCCA PEREZ, Alex, en *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 165.

por el constituyente en un Estado Democrático, las cuales deben, acto seguido, ser reconocidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal”.³

Nos parece que esta última definición no es del todo útil, pues no podemos afirmar que el debido proceso, para que sea tal debe ajustarse a las reglas y derechos establecidos por el Constituyente, toda vez que la institución del debido proceso es una cuestión independiente de las disposiciones constitucionales, que subsiste por sí sola, no depende del reconocimiento que haga de la misma la Constitución.

La figura del debido proceso se ha transformado en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma⁴, pues “la garantía procesal más importante es aquella que dice relación con el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial, en el marco de un procedimiento legítimo. Sin debido proceso no hay seguridad jurídica”.⁵

³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, citado por VÁSQUEZ ESPINA, Marcos en “El debido proceso: Una Perspectiva Procedimental Práctica”, en <http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.utml>. [Sitio visitado el día 15 de Julio de 2004].

⁴ “La garantía del debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso”. COUTURE, Eduardo, citado por CAROCCA PEREZ, Alex, en *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, op. cit., p. 165.

⁵ ORTIZ QUIROGA, Luis, “Algunas Consideraciones Sobre el Derecho a la Defensa en Chile”, en www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo8.htm. [Sitio visitado el día 28 de Julio de 2004].

El debido proceso, es una norma de *ius cogens*, que ha recibido la aceptación y el reconocimiento de la comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como *norma que no admite acuerdo en contrario*.⁶

1. ELEMENTOS DEL DEBIDO PROCESO.

Debemos aclarar que no existe precepto alguno que establezca todos y cada uno de los elementos del debido proceso, tampoco hay una definición única del mismo, ya que éste es un concepto dinámico, el cual, a medida que se avanza en el reconocimiento de los derechos humanos, se va complementando por esos mismos.

En opinión de Evans de la Cuadra es necesaria la existencia de un tribunal competente e imparcial, establecido por ley, con jurisdicción y competencia adecuada, así como la concesión al demandado de derechos tales como notificación de la demanda que lo afecta, concesión de un plazo razonable para comparecer y exponer derechos, posibilidad de ser oído en juicio (principio de bilateralidad de la audiencia), de contradecir los dichos de la contraparte (principio de contradicción), concesión de un tiempo racional para que se defienda y para

⁶ MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, "El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional", op. cit. p. 87; El artículo 53 de la Convención de Viena de 1963 sobre Derecho de los Tratados señala: "**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("Ius cogens")**". Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."

aportar pruebas, posibilidad de controlar las pruebas presentadas en su contra, libre aportación de pruebas para su defensa y que el tribunal las reciba en forma legal, obligación para los jueces de fundamentar sus fallos, y finalmente, el derecho a los recursos legales con posterioridad a la sentencia.⁷

Marcos Vásquez considera que se podrían agrupar los elementos del debido proceso en el derecho a obtener el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, a la igualdad entre las partes, a un tribunal o a un juez imparcial, a un juez predeterminado por la ley y a reglas procedimentales preestablecidas y el derecho a la independencia del juez.⁸

Por su parte, Orlando Poblete afirma que el concepto de procedimiento racional y justo comprende “el derecho a ser informado de la acusación, la presunción de inocencia, el derecho a no confesarse culpable, el principio de aceleración del proceso, el principio de legalidad, entre otros”⁹.

Como vemos, en todas estas enumeraciones existen ciertas divergencias, derechos que en unas se consideran y en otras no, pero lo importante es dejar claro que el debido proceso nunca será una enumeración taxativa de derechos, pues su naturaleza no se lo permite, debe estar siempre abierto a nuevas

⁷ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, op. cit., pp. 146-147.

⁸ VÁSQUEZ ESPINA, Marcos, “El Debido Proceso: Una Perspectiva Procedimental Práctica”, en <http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.utml>. [Sitio visitado el día 15 de Julio de 2004].

⁹ POBLETE ITURRATE, Orlando, “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo6.htm> [Sitio visitado el día 29 de Julio de 2004].

garantías que se vayan reconociendo conforme la ciencia jurídica se va desarrollando.

2. DEBIDO PROCESO EN LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980.

Nuestra Constitución recoge la figura del debido proceso en el inc. 5º del Art. 19 N° 3, que consagra como garantía constitucional el principio de la legalidad del juzgamiento¹⁰. De esta disposición se desprenden dos requisitos para la validez de una decisión jurisdiccional, que señala claramente Enrique Evans¹¹, y que, según nuestra opinión, se encuentran directamente relacionadas. Por una parte, encontramos la exigencia de existir un proceso previo *legalmente tramitado*, es decir, para que la resolución tenga validez sería necesario que exista una tramitación anterior a ella, en que el afectado haya sido oído en sus defensas y en sus pruebas. Por otra parte, se encuentra la exigencia de que la ley haya establecido un procedimiento y una investigación *racionales y justos*. Por lo tanto, para que exista un proceso previo *legalmente tramitado*, es imprescindible que la propia ley establezca las condiciones y requisitos de este proceso, tal como lo ha señalado el Constituyente.

Respecto de los términos racional y justo empleado por nuestra Constitución, en la Comisión de Estudios para la nueva Constitución (en adelante

¹⁰ Este inciso establece: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

¹¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, op. cit., p. 143.

la Comisión), se debatió la necesidad de introducir dentro de la nueva Constitución las reglas del debido proceso, señalando cada una de ellas. Para evitar la transformación de la Constitución en lo que llamaron una *enciclopedia*, enumerando las condiciones que debía cumplir el procedimiento, se acordó simplemente consignar que el procedimiento que regiría el proceso debía ser siempre racional y justo. Esto permitiría además, tener un mecanismo flexible que hiciera posible la evolución del procedimiento de acuerdo con el tiempo y con el desarrollo social.¹² Por otra parte, estableciendo este nuevo concepto se sorteaba la dificultad de tipificar los elementos que lo componen y, lo que es peor, de omitir alguno.¹³

Luciano Hutinel Penjean recalca la prudencia del constituyente al no enumerar los elementos del debido proceso, pues sería inconveniente que “una enumeración restrictiva impidiera al legislador la correcta concreción de la garantía en las leyes que establezcan procedimientos.”¹⁴

En la Comisión, se discutió también cuales serían los elementos de un procedimiento racional y justo, desprendiéndose de las sesiones 101, de 9 de Enero y 103, de 16 de Enero, ambas de 1975, que los elementos que lo componen son la notificación y audiencia del afectado, la presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen, sentencia dictada en un plazo

¹² SALAS VIVALDI Julio, “El Debido Proceso: Tres Instituciones Procesales y una Ausente. El Ámbito Constitucional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, (2001), p. 60.

¹³ HUTINEL PENJEAN, Luciano, “Infracción Sustancial y Procedimiento e Investigación Racionales y Justos”, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 14, (2003), p. 140.

razonable, por un tribunal u órgano imparcial y objetivo, y la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.¹⁵

En cuanto a la definición de la expresión procedimiento racional y justo, el profesor Salas Vivaldi, partiendo de la definición que el Diccionario de la Real Academia Española a dado de los conceptos racional y justo,¹⁶ concluye que “el procedimiento y la investigación serán racionales y justos si comunican al proceso el orden y el método que dictan la razón, la rectitud y la justicia, cualidades que siempre el legislador debe atribuirles por mandato constitucional”.¹⁷ “Por lo *justo* se debe entender lo sustantivo y lo *racional* referido al procedimiento”.¹⁸

Creemos que la intención del constituyente al plasmar la idea de procedimiento racional y justo fue, en el fondo, consagrar la institución del debido proceso, pues tanto sus instituciones como sus fundamentos son exactamente los mismos, cambiando sólo la forma de expresarse, tal como se desprende de la historia de la ley.¹⁹ “Más que las expresiones usadas, por los antecedentes que

¹⁴ Idem.

¹⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, op. cit., p. 144.

¹⁶ “Racional”, para el Diccionario de la Real Academia Española, es “lo perteneciente a la razón” y este vocablo, en la acepción más apropiada a lo que nos interesa, se define como: “orden y métodos en una cosa; justicia, rectitud en las operaciones o derecho a ejecutarlas”. A su vez “Justo” es “lo arreglado a justicia y razón”; “lo que no tiene... ni más ni menos que lo que debe tener”. SALAS VIVALDI, Julio, “El Debido Proceso: Tres Instituciones Procesales y una Ausente. El Ámbito Constitucional”, op. cit. p. 61.

¹⁷ Idem.

¹⁸ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, citados por HUTINEL PENJEAN, Luciano, en “Infracción Sustancial y Procedimiento e Investigación Racionales y Justos”, op.cit. p. 140; DIEZ, Sergio, citado por EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, op. cit. p. 148.

¹⁹ En la Comisión, cuando se discutió acerca de este punto, el profesor Bernales señaló que “si se pone sólo la expresión ‘debido proceso’, podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Entonces resulta que es un poco restringido y puede interpretarse asimismo en forma limitada. Por eso considera adecuado agregar las expresiones racionalidad y justicia” Fue esta en

tuvo en cuenta para establecerla, resulta claro que nuestro constituyente buscó introducir entre nosotros el principio del *due process of law*.²⁰

definitiva la opinión que primó en la redacción de nuestro actual Art. 19 N°3. Para mayor información, ver EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales* op. cit, pp. 147-148.

²⁰ POBLETE ITURRATE, Orlando, “Presunción de inocencia. Significado y Consecuencias”, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo6.htm>. [Sitio visitado el día 29 de Julio de 2004].

CAPÍTULO II: “ANÁLISIS LEGAL DEL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DEL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO”.

El derecho de defensa ha sido consagrado como parte del debido proceso en la normativa internacional y en distintos ordenamientos jurídicos internos. Como es lógico, en cada sistema se le da un tratamiento distinto, por lo cual resulta interesante analizar lo establecido al respecto tanto en los tratados internacionales correspondientes a los distintos sistemas, como en las Constituciones de diversos países que la consagran, y por supuesto en nuestra propia Constitución, análisis que a continuación presentamos.

1. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Dos son los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos que establecen el derecho de defensa en el marco del debido proceso en la Organización de Naciones Unidas, éstos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), aprobada el 10 de Diciembre de 1948, y

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹ (en adelante PIDCP), siendo el contenido de uno de ellos más explícito respecto de esta garantía.²²

El hecho de aparecer consagrado en el PIDCP, denota la preocupación que a nivel internacional existe en torno a las garantías procesales que las distintas legislaciones deben brindar a sus habitantes. Nos parece que la redacción del PIDCP se acerca mucho más al ideal de consagración internacional, pues hace referencia en forma específica a ciertos aspectos de la defensa que son trascendentales, *como lo es el interrogatorio de testigos*. Esto más aún si consideramos que concede a la defensa la facultad de interrogar a ambos tipos de testigos, tanto de cargo como de descargo, en las mismas condiciones.

La norma es clara, por lo tanto deberíamos entender que según el PIDCP quedaría prohibido a los tribunales de los Estados Parte ocultar a la defensa la identidad del testigo, pues esto significaría romper la regla anteriormente señalada

²¹ Este Pacto fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, cuya entrada en vigor fue el 23 de Marzo de 1976, según el artículo 49 para todas sus disposiciones, con excepción del artículo 41, para el cual entró en vigor el 28 de Marzo de 1979, y fue firmado por Chile el 16 de Septiembre de 1969, y ratificado el 19 de Febrero de 1972.

²² Es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su Art. 11 N° 1: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan **asegurado todas las garantías necesarias para su defensa**.” (El destacado es nuestro).

En una redacción mucho más extensa y acabada de la garantía, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP, en su Art. 14 N° 1 establece: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...]”. Por otra parte, y en relación con el tema que nos interesa, señala en su Art. 14 N°3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) A **interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo** y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en la mismas condiciones que los testigos de cargo”. (El destacado es nuestro).

que ordena que ambos tipos de testigos sean interrogados en las “mismas condiciones”, toda vez que sólo los testigos de descargo revelarían en ese caso su identidad, manteniéndose reservada para la defensa la de los testigos de cargo.²³

En el ámbito Europeo, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en adelante CEDH, regula el tema en su artículo 6º número 3.²⁴ Como lo ha señalado Javier Zaragoza, uno de los componentes esenciales del derecho a un proceso equitativo reconocido por la CEDH es el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, pero su ejercicio puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos a cuya tutela está igualmente obligado el ordenamiento jurídico, cuales son los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas que pueden verse en una situación de riesgo o de peligro como consecuencia de su participación en el proceso, sean éstos acusados, testigos o peritos.²⁵

²³ Naciones Unidas ha señalado en un comunicado de prensa, que: “En ningún caso las normas de los tribunales penales internacionales u otros órganos de derechos humanos consagran la existencia de fiscales o testigos secretos. Las disposiciones que en materia de protección de testigos y víctimas adoptan esos tribunales y órganos son plenamente compatibles con los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de garantías para asegurar un juicio justo e imparcial. En estos tribunales u órganos la única excepción sobre la reserva de identidad de testigos y víctimas, o la publicidad de las audiencias y de las informaciones está dirigida al público en general y no al acusado”, y que “ninguna norma del Estatuto del Tribunal da pie para sostener que dentro de sus procedimientos actuarán testigos y fiscales con reserva de identidad”. “Comunicados de Prensa”, en http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/1999/imprimir.php3?texto_cp9913.txt [Sitio visitado el día 07 de Octubre de 2004].

²⁴ “Todo acusado tiene, como mínimo los siguientes derechos: d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra”.

²⁵ ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, “La Protección de Acusados, Testigos y Peritos en Causas Criminales en el Ordenamiento Jurídico Español, Ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica 19/94. El

Por otro lado, en el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶ (en adelante CADH), regula las garantías judiciales en su artículo 8.²⁷ En este instrumento internacional sí encontramos alguna innovación respecto del derecho de defensa, al conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Éste es un punto sin duda relevante, pues es precisamente dentro de lo que se designa como “medios adecuados” que se encuentra la posibilidad que debe tener la defensa de conocer la identidad del testigo, desde que es ésta la que va a permitir a la misma efectuar las preguntas conducentes a desvirtuar las declaraciones del testigo, finalidad perseguida en el juicio por el contrainterrogatorio.²⁸

Desde el punto de vista jurisprudencial internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante C.I.D.H) ha definido el debido proceso como el conjunto de "condiciones que deben cumplirse para asegurar la

Problema de los Testigos Ocultos y Anónimos”, en http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Ponencias/Indexponencias.htm. [Sitio Visitado el día 27 de Julio de 2004].

²⁶ Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de Julio de 1978, y fue firmada por Chile el 22 de Noviembre de 1969, y ratificada el 5 de Enero de 1991.

²⁷ Art. 8: “Garantías judiciales”.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...).

2. (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación adecuada de su defensa.

f. 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.

²⁸ Esta doctrina ha seguido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en una de las recomendaciones que ha hecho a Colombia, en la que ha señalado que la existencia de procedimientos secretos para la presentación y la deposición de testigos, contradice los postulados de la Convención Americana. “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia”, en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/osi/cidh/CIDH%202o%20Informe%20Colombia%20Concl%20y%20Recomend.html>. [Sitio Visitado el día 25 de Agosto de 2004].

adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".²⁹

2. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNO CHILENO.

Nuestro país, al hacerse parte en el PIDCP y la CADH, ha contraído la obligación de adecuar su ordenamiento interno, de manera que éste sea compatible con dichos pactos.

El Constituyente chileno estimó trascendente regular también el debido proceso, estableciéndolo dentro de las garantías constitucionales. Así, tal principio se consagra en el Art. 19 N°3 de nuestra Carta Fundamental, que señala: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida".

En el inc. 5° del mismo numeral señala: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

²⁹ "El Debido Proceso en las Decisiones de los Órganos de Control Constitucional de Colombia, Perú y Bolivia", en <http://www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm>. [Sitio visitado el día 10 de Julio de 2004].

Nos parece que la redacción de la norma no es adecuada, es demasiado escueta, básica y simplista, dejando de lado ciertos aspectos del derecho de defensa que debieron tratarse en la misma Carta Fundamental. Así, la doctrina mayoritaria en Chile ha restringido el derecho de defensa garantizado en la Constitución a la defensa técnica, es decir, el derecho a la asistencia de un letrado, dada la redacción de la norma. Sólo un porcentaje minoritario de la doctrina ha planteado que lo consagrado no está limitado sólo a tal aspecto de la defensa, sino que lo que se asegura es la defensa jurídica en su más amplio sentido. Pero estimarlo así sería, en opinión de Palomo Vélez, forzar demasiado las cosas, hasta el punto de ver consagrados contenidos no asegurados.³⁰

La doctrina minoritaria en cambio, extiende el contenido de la garantía de la defensa contenida en la Constitución a la “defensa jurídica tal como ha sido concebida por la doctrina y el derecho comparado”.³¹ Es decir, para que tenga lugar el derecho de defensa, será necesario que la ley arbitre “todos los medios necesarios para su ejercicio”, no bastando con que el imputado tenga la

³⁰ “[...] No podemos llegar a forzar las cosas hasta el punto de ver consagrados contenidos no asegurados, al menos no en nuestro texto constitucional, que no hace más que delegar el efectivo contenido de este derecho a la ley. De allí que por ejemplo, en la nueva normativa procesal criminal haya sido necesario ser tan explícitos respecto de los contenidos de la garantía procesal de la defensa [...]”. PALOMO VÉLEZ, Diego, “Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Perspectiva Chilena de la Dogmática Procesal del Derecho a la Tutela Judicial. Un Apoyo en dos Fallos: Caso Barrios Altos y Caso Petruzzi”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 8 N° 2, (1999), p. 268-296.

³¹ “Que los redactores de la norma identificaban el derecho de defensa, con la defensa letrada, queda patente, además de todas sus intervenciones durante la discusión de la norma en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, (especialmente en la cesión 100 de 6 de Enero de 1975), en la interpretación que ha hecho posteriormente de ella [...]. Concretamente, el encabezamiento de la disposición – toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale [...]–, permite concluir que lo que asegura es la defensa jurídica, tal cual ha sido concebida por la doctrina y el derecho comparado, y no solo la asistencia letrada o defensa técnica, reiteramos, una manifestación parcial de su amplio contenido”. CAROCCA PÉREZ, Alex. “Las Garantías Constitucionales en el Sistema Procesal Chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 8 N° 2, (1994), p. 165

posibilidad de tener un abogado defensor, ya que éste es sólo un aspecto del mencionado derecho, no constituyendo en caso alguno el elemento único del mismo.³²

³² El profesor Meins Olivares señala que “el derecho de defensa además de ser un derecho en sí mismo, es un derecho operativo en cuanto hace posible las garantías del Debido Proceso”. MEINS OLIVARES, Eduardo, “El Debido Proceso en el Ordenamiento Jurídico Chileno y en el Nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Revista Ius et Praxis*. Vol. 5 N° 1,(1999), p. 455.

CAPÍTULO III: “EL DERECHO DE DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”.

1. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A LA PRUEBA.

Uno de los componentes esenciales del derecho a defensa es el de “poder aportar elementos de prueba que sirvan al objetivo de sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar la prueba de cargo”.³³

“El *due process* garantiza a la parte la facultad de producir, sin obstáculos arbitrarios o irrazonables, los elementos necesarios para fundamentar las alegaciones de hecho”.³⁴ Esta incluiría, el derecho a la “contraprueba”, entendido como el derecho a contrainterrogar a los testigos de la contraparte y el derecho a investigar sobre las fuentes de prueba, antes que tenga lugar el juicio.³⁵

³³ DECAP FERNANDEZ, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*, num. 3 (2002) p. 91; “El derecho a la defensa comprende el conjunto de oportunidades y medios procesales referidos tanto a la alegación como a la prueba que han de estar a disposición de las partes para la defensa de sus respectivas posiciones. Las partes, en atención al principio contradictorio que domina los procesos contenciosos, no deben ver obstaculizado su derecho a hacer valer cabalmente sus argumentos jurídicos y fácticos”. CASAL H., José María. “Libertad Personal, Seguridad Individual y Debido Proceso en Venezuela”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 5 N° 1 (1999), p. 178.

Mas tarde señala: “El acusado tiene derecho a controlar la prueba presentada por el acusador privado o el Ministerio Público, con facultad para formular preguntas a los testigos de cargo, así como a promover testigos y otras pruebas en su descargo. Estas facultades son inherentes al derecho da la defensa (...), además de estar expresamente consagradas en los Tratados sobre Derechos Humanos”. Ibid. p. 185.

³⁴ CAROCCA PEREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, op. cit., p. 166.

³⁵ Idem.

En esta misma línea, en el nuevo proceso penal chileno, el concontrinterrogatorio de los testigos tendría como finalidad última *desvirtuar* las declaraciones de los mismos, en otras palabras, lograr que el juez deseche dichas declaraciones como medio de prueba, que no crea en el testigo, formar en el juez la convicción de que el testigo miente o que no tiene una percepción correcta de los hechos, pues su declaración se ha visto influenciada por los elementos que mencionamos anteriormente. Así se desprende de lo preceptuado en el Art. 309 del Código Procesal Penal.³⁶ Esto es importante, puesto que en el nuevo procedimiento penal, tal como lo establece dicho artículo, *no existen testigos inhábiles*, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento antiguo, en el cual se podía tachar a los testigos³⁷, es decir, inhabilitarlos, restar valor probatorio a sus declaraciones.³⁸

Como hemos señalado, no existe hoy la posibilidad de tachar a un testigo, sino sólo de desacreditarlo, de desvirtuarlo, y la forma de hacerlo, es demostrando ciertas circunstancias de carácter personal (relaciones familiares, de amistad, de enemistad, intereses económicos, pleitos pendientes, etc. que puedan existir, ya

³⁶ Art. 309: “*Declaración de testigos*: En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.”

³⁷ Art. 492: “Cada parte puede tachar a los testigos examinados durante el sumario y a aquellos que la parte contraria presentare durante el término probatorio, que tengan alguna de la inhabilidades expresadas en el Art. 460.”

³⁸ Para ello existían catorce causales en virtud de las cuales un testigo podía ser inhabilitado, fundadas en una serie de circunstancias establecidas por la propia ley. (Ver Art. 460 del Código de Procedimiento Penal). Pero esto no significa que no podían declarar en el juicio, pues el juez debía pronunciarse respecto de las tachas en la sentencia, sino más bien que sus declaraciones no tendrían valor probatorio. En todo caso, las declaraciones del testigo estimado inhábil por el juez podían constituir presunciones judiciales. (Ver artículos 497 y 464 del Código de Procedimiento Penal).

sea entre el imputado y el testigo o entre el testigo y la víctima), o demostrando tal vez antecedentes del testigo, de diversas naturalezas (drogadicción, alcoholismo, reputación, condenas por falso testimonio, etc.), que lo hagan poco creíble, o si se quiere, aquellas circunstancias que alguna vez constituyeron las causales de tachas.³⁹ A este tipo de información no puede accederse sino por medio del conocimiento de la identidad del testigo, el que permitirá a la defensa saber, a ciencia cierta, quien realmente es aquella persona que declara en contra del imputado, y así investigar cuáles podrían ser los puntos desfavorables a su testimonio, con la finalidad de restar valor probatorio a su declaración, es decir, de desvirtuar al testigo, y a su vez desvirtuar, por ende, su declaración.

En este mismo sentido, el profesor Mauricio Decap ha señalado que “el derecho a contraexaminar a los testigos es de aquellas garantías judiciales mínimas, que, ni aun frente a hipótesis delictuales consideradas excepcionales en un momento histórico determinado, pueden ser vulneradas”.⁴⁰

Existe la posibilidad, como en muchas ocasiones ha ocurrido, de que una persona que deba declarar como testigo en un procedimiento penal o que ya lo haya hecho, sufra o pueda sufrir amenazas o menoscabo en el ejercicio de sus derechos, derivados precisamente del hecho de aportar información que incrimine

³⁹ “Uno de los aspectos más esenciales del conainterrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo, quién es este sujeto que viene a imputarle al acusado un hecho penalmente reprochable, qué intereses puede tener en este caso, en cuántas ocasiones ha declarado con anterioridad. Para saber si le podemos creer a un testigo, en muchas ocasiones debemos saber quién es. Y para la defensa actuar sin saber quién es el testigo, significaría actuar relegando a la defensa a las zonas oscuras de nuestra institucionalidad [...]”. DECAP

al imputado en un delito determinado, ya sea como medio de presión para evitar que declare, o bien como una forma de tomar venganza por el daño provocado al imputado con su declaración. Estos derechos son, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el derecho a la libertad personal y seguridad individual que nuestra Constitución garantiza a todas las personas,⁴¹ sin perjuicio del derecho de propiedad, el que también pudiese verse afectado, pero que para estos efectos no consideraremos, pues, por su contenido y relevancia, ofrecen mayor interés los dos primeros.

2. PERSPECTIVA LEGAL.

La ley chilena impone a aquellas personas que han sido testigos de un ilícito y que hayan sido citadas judicialmente a prestar declaración testimonial sobre el mismo, el deber de comparecer y declarar.⁴² Como consecuencia de esta imposición del deber de comparecer como testigo, y de los eventuales daños a los que están expuestas las personas sobre las que recae dicho deber, el Estado, como órgano de persecución penal y como principal garante de los derechos

FERNANDEZ, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, op. cit. p. 92.

⁴⁰ Ibid. p. 91.

⁴¹ El Art. 19 N°1 de nuestra Constitución establece: “La Constitución garantiza a todas las personas: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

Para el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual ver el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política la República de Chile.

⁴² Art. 298 del Código Procesal Penal, en adelante CPP, señala: “*Deber de comparecer y declarar*: Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial

individuales, se obliga a proporcionar a dichas personas las medidas necesarias tendientes a proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales⁴³, tarea que, en nuestro país, ha sido encomendada por mandato constitucional al Ministerio Público⁴⁴, el cual la desarrolla a través de la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos.

La existencia de esta obligación del Estado es imprescindible e innegable, desde que los dos objetivos principales del procedimiento penal, dentro de un Estado democrático de derecho, son contribuir a la eficacia de la persecución penal de los hechos delictivos y respetar al máximo, en el juzgamiento de esos hechos, los derechos de los sujetos involucrados.⁴⁵ El testigo es una pieza fundamental de un juicio donde está en juego la culpabilidad o inocencia de una persona, y si está bajo alguna amenaza, sea de muerte u otra distinta, debe estar protegido bajo alguna medida de seguridad, pero que no sea atentatoria de los derechos del imputado.

Los tribunales están facultados por el Código Procesal Penal (en adelante CPP) para, en casos graves y calificados, disponer medidas especiales de protección al testigo cuando éste lo solicitare, pero no se señala expresamente

practicado con el fin de prestar declaración testimonial; de declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración [...].”

⁴³ “Al colocar a estas personas en una ‘insostenible situación de riesgo’ el Estado está en la obligación de sofocar dicha amenaza o disminuir el riesgo hasta límites soportables para quienes lo sufren”. MORENO CATENA, citado en “Necesidad de Proteger a Víctimas y Testigos en un Proceso Penal”, en <http://168.243.1.4/publica/idhuca/fondo.html>. [Sitio visitado el día 7 de Julio de 2004].

⁴⁴ Ver Artículo 80 A de la Constitución Política de la República de Chile.

⁴⁵ DECAP, FERNANDEZ, Mauricio, “De la contraposición entre la protección de víctimas y testigos y el derecho a defensa”, op.cit., p. 89-90.

cuáles han de ser estas medidas⁴⁶, por lo que cabe preguntarse si un tribunal podría, en un caso determinado, llegar al extremo de ocultar totalmente a la defensa la identidad del testigo con el fin de protegerlo, y, en la afirmativa, hasta qué punto su resolución se compadecería con el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente.

A decir verdad, nos parece que la redacción del Art. 307 del CPP es un tanto ambigua, pues mientras en su inciso 2º establece en favor del testigo la posibilidad de no responder en su declaración durante el juicio oral a la consulta acerca de su *domicilio*, en el inciso 3º ordena que si el testigo hiciese uso de este derecho, quedará prohibida la divulgación de su *identidad o de antecedentes que pudiesen conducir a ella*. Este mismo detalle ha advertido Cristian Aguilar, quien sostiene que es contradictorio el contenido de los incisos mencionados anteriormente, dado que “lo que se autoriza es la reserva del domicilio del testigo por mención expresa del inc. 2º, pero se amplía con lo aseverado ‘a su identidad’ lo que nos lleva a suponer que es prohibida la información de cualquier antecedente vinculado con éste, partiendo por su nombre y los datos obligatorios, lo que nos lleva a pensar en verdaderos ‘testigos secretos’.”⁴⁷

⁴⁶ Art. 308 CPP: “*Protección a los testigos*. El Tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare [...].

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 presentadas sus declaraciones, la debida protección.” Por su parte, el Art. 307, sobre individualización del testigo, en sus inc. 2º y 3º señala: “Si existiese motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiese implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella [...].”

⁴⁷ AGUILAR A., Cristian, *Código Procesal Penal Comentado*, op. cit., p. 660.

En el procedimiento penal, la defensa normalmente tiene acceso a la identidad del testigo desde el momento en que el Ministerio Público presenta la acusación, en la cual se consigna el nombre y apellidos de quienes depondrán en contra del imputado en el juicio oral, su profesión, domicilio o residencia y los puntos sobre los cuales recaerá su declaración.⁴⁸ Es decir, nuestro legislador ha establecido como *regla general* en el procedimiento penal el conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa. No obstante, y tal como lo establece el Art. 307 inc. 1º del CPP, esta regla admite dos excepciones: los delitos terroristas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En estos delitos el legislador ha establecido expresamente como medida de seguridad, tanto para el testigo como para los seres cercanos a éste, la posibilidad de ocultar la identidad de quien depondrá en contra del acusado,⁴⁹ esto debido a

⁴⁸ El inciso 2º del artículo 259 del CPP señala respecto del contenido de la acusación lo siguiente: “Si [...] el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia [...], y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones [...]” Por su parte, el Art. 307 del mismo cuerpo legal al respecto señala: “*Individualización del testigo.* La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a u persona, en especial, sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria u empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contempladas en leyes especiales.”

⁴⁹ El Art. 33 B) de la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y el Art. 16 de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, señalan: “El Tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el artículo anterior o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Así mismo, podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de otro medio.”

Por otra parte, el Art. 33 D) de la Ley 19.366 y el Art. 18 de la Ley 18.314 señalan: “Las declaraciones de (...) testigos y peritos, cuando se estime necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad al artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.

Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiese poner en peligro la protección de ésta.

En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente.”

la especial trascendencia social que este tipo de ilícitos ha adquirido en los últimos años.⁵⁰

En México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece esta medida de protección bajo circunstancias de evidente riesgo para el testigo, y hasta el ejercicio de la acción penal, es decir, ejercida ésta, la medida es levantada.⁵¹ Respecto de esta disposición, el mexicano García Ramírez señala que este precepto es inobjetable desde el punto de vista del testigo, pero criticable desde el del imputado, en la medida que reduce sus posibilidades de defensa en la averiguación previa.⁵²

Antonio García estima que esta figura no tiene cabida en la legislación mexicana, ya que su Constitución establece incluso el derecho del imputado de

Las disposiciones de ambas leyes son idénticas en este punto, ya que ambas fueron modificadas por la ley 18.806 sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

⁵⁰ Desde el punto de vista del derecho comparado, lo mismo ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, en que la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas ordena mantener en reserva la identidad del testigo que aporte información veraz en la investigación y juicio de un delito de tráfico de drogas. Ver artículo 19.a.1. y artículo 20 del Decreto Legislativo Num. 0824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas de ese país; En España este tema está regulado por la Ley Orgánica 19/1994, estableciendo que para proteger al testigo el juez puede ordenar que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, y que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase el conocimiento de la identidad de los testigos, el juez que conozca la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en la misma ley.

La reserva de identidad, si bien está consagrada en esta ley, no es absoluta, pues si se funda la solicitud de la defensa, es imperativo al juez proporcionarle los antecedentes relativos a ésta.

⁵¹ El artículo 14 de esta ley establece: "Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal".

⁵² GARCÍA RAMIREZ, Sergio, citado por GARCÍA, Heriberto Antonio, "El Testigo Protegido y los Derechos Humanos", en <http://www.cedhoax.org/aprenda/art004.htm>. [Sitio visitado el día 09 de Octubre de 2004].

carearse con el testigo⁵³, y plantea que se modifique al marco constitucional para dar cabida al testigo protegido, debiendo quedar perfectamente delimitados los casos excepcionales donde se permita, para evitar que su generalización implique un retroceso en el derecho de defensa de los inculcados y que vuelvan a instalarse en su legislación métodos arcaicos de investigación de delitos violatorios de derechos humanos.⁵⁴

3. EL APORTE DOCTRINAL.

La posibilidad de mantener en reserva la identidad de los testigos en el juicio penal oral ha sido objeto de ciertas críticas por la doctrina. Así, se ha señalado que “la aceptación de testigos secretos atenta contra los principios básicos de publicidad y defensa propugnados por nuestro código”,⁵⁵ que “no puede el Estado chileno, so pena de vulnerar las disposiciones de la Constitución y de las convenciones internacionales, la jurisprudencia y la doctrina [...] regular la declaración de testigos en un proceso penal en el que la defensa desconozca la identidad del mismo”,⁵⁶ que “la utilización mañosa [...] de testigos sin rostro desvirtúa los beneficios y objetivos que las autoridades quieren transmitir con el

⁵³ El artículo 20 letra A N° IV de la Constitución Mexicana establece que el inculcado: “Cuando así lo solicite, **será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra...**”. (el destacado es nuestro). Luego, en el N° VII de la misma letra señala: “Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”.

⁵⁴ GARCÍA, Heriberto Antonio, “El Testigo Protegido y los Derechos Humanos”, en <http://www.cedhoax.org/aprenda/art004.htm>. [Sitio visitado el día 09 de Octubre de 2004].

⁵⁵ AGUILAR A., Cristian, *Código Procesal Penal Comentado*, op. cit., p. 660-661.

⁵⁶ DECAP FERNANDEZ, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, op. cit., p. 98.

nuevo sistema penal”,⁵⁷ y que usar testigos sin rostro puede traer consecuencias para ejercer el derecho a defensa, o que podría generar la sensación de que la justicia es diversa y distinta para todos, y se ejerce dependiendo de la condición del afectado o del acusado.⁵⁸

Además se ha señalado que la defensa debe ejercerse teniendo presente como elemento esencial, el cumplimiento de los estándares de la defensa penal, los que obligan a tener en cuenta y respetar todas las posibilidades que las normas procesales, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile otorgan para asegurar el cumplimiento de las garantías procesales y de la legítima defensa. Es por ello que sería absolutamente *ilegal e ilegítima* la figura de los testigos de identidad reservada.⁵⁹ Por otra parte, al ser desconocida para la defensa la identidad del testigo, no habría posibilidad de hacer valer su responsabilidad en caso de cometer el delito de falso testimonio.⁶⁰

Se ha advertido, a su vez, que si se contrasta la figura del testigo de identidad reservada con el derecho al debido proceso, derecho de defensa y

⁵⁷ GUTIERREZ, Hugo, citado en “El Efecto de Aceptar Testigos Sin Rostro: Perjudica Reforma Procesal Penal y puede generar Mayores Conflictos”, en <http://www.derechosindigenas.cl/Actualidad/noralea020403.htm>. [Sitio visitado el día 08 de Julio de 2004].

⁵⁸ El Efecto de Aceptar Testigos sin Rostro: Perjudica Reforma Penal y Puede Generar Mayores Conflictos, en <http://www.derechosindigenas.cl/Actualidad/noralea020403.htm>. [Sitio visitado el día 08 de Julio de 2004].

⁵⁹ “Es absolutamente ilegal e ilegítimo que la defensa no tenga posibilidad alguna de hacer relevante ante el Tribunal de Juicio Oral todos aquellos elementos que puedan afectar la credibilidad del testigo, lo que resulta imposible de hacer tratándose de testigos secretos o ‘sin rostro’.

Frente a estas situaciones la defensa se enfrenta a la posibilidad de que personas asistan a mentir ante un Tribunal y la defensa carezca de toda herramienta legal para impedir que ocurra, y también para lograr que se sancione dicha conducta [...]”, en “Derrotas Jurídicas en la Acusación contra los Mapuche. <http://www.argenpress.info/nota.asp?num=009525>. [Sitio visitado el día 13 de Junio].

contradicción de la prueba, se quebranta de manera flagrante el derecho constitucional al debido proceso, y que pretender dar validez y eficacia a las manifestaciones de un testigo cuya identidad es desconocida por la defensa, conspira contra la posibilidad de que la misma controvierta ese medio de prueba, no solamente mediante el interrogatorio directo al testigo, sino a través de la valoración crítica de sus condiciones personales, familiares y sociales, lo que violaría al derecho constitucional que toda persona posee dentro de un Estado de Derecho a ser juzgado conforme al debido proceso y defensa en juicio.⁶¹

Felipe Marín señala que el conainterrogatorio se divide en dos partes: una que ataca la credibilidad del testigo por características personales, y otra que ataca su credibilidad por la coherencia de su relato. Señala que al aceptar testigos secretos, la defensa no tiene oportunidad de investigar si existen hechos que hagan poco creíble *al testigo*, siendo esto más importante aún cuando el tribunal debe evaluar la prueba de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos asentados. Sostiene también, respecto de la gravedad del delito, que mientras más grave pueda ser la condena, mayores son las garantías que se deben exigir. Para Marín, el derecho al contraexamen no es un derecho formal que se cumpla por el sólo hecho de permitirle al defensor hacer preguntas. “Si el defensor no tuvo la facultad de investigar al testigo, se vulnera el

⁶⁰ MONTES, Paula, en “Debate genera la declaración de los denominados ‘testigos sin rostro’”, en *La Semana Jurídica*, núm. 127, (2003), p.9.

⁶¹ GELVEZ, Fernando, “Testigos de Identidad Reservada” en http://www.juschubut.gov.ar/buscador/boletinjudicial/boletin22/b22_testigos.htm [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004].

derecho a la defensa en dos vertientes: el derecho a hacer un contrainterrogatorio efectivo, real, y el derecho a realizar una investigación paralela”.⁶²

Con una visión distinta, Diego Villa⁶³ ha señalado que la admisión de este tipo de testimonios implicaría *en principio* una afección al derecho de defensa, en lo que al contrainterrogatorio se refiere, y por lo tanto, por regla general, el legislador no lo acepta durante la audiencia del juicio oral. Pero señala también que el hecho de aceptarse testigos de identidad reservada no implica necesariamente una vulneración de ese derecho, por cuanto el legislador así lo ha entendido al establecer expresamente la posibilidad de presentar este medio de prueba en los delitos anteriormente señalados.

Villa se plantea un triple cuestionamiento, en relación a lo siguiente: a) la validez del razonamiento utilizado por el legislador al tratar este asunto en la legislación especial, b) los requisitos necesarios para utilizar la reserva de identidad como protección del testigo y c) la posibilidad de extender la aplicación de esta medida al ámbito de los delitos comunes.

Con respecto al primer punto, es decir, la validez del razonamiento del legislador, sostiene que debe revisarse si la normativa es compatible con los

⁶² MONTES, Paula, “Debate genera declaración de los denominados ‘testigos sin rostro’”, en *La Semana Jurídica*, num. 127, (2003), p.8.

⁶³ VILLA VEGA, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes. Fallo de Recurso de Nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9”, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, (2004), p. 148-157.

tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile,⁶⁴ cuyas disposiciones pertinentes ya fueron expuestas en el segundo capítulo de este trabajo, y que se refieren al derecho del contrainterrogatorio como una garantía del derecho de defensa. De acuerdo con estas disposiciones, y a lo prescrito en el inc. 2º del Art. 5º de nuestra Constitución⁶⁵, el Estado de Chile debe abstenerse de efectuar actuaciones y de establecer normativas legales que atenten contra esta garantía.

Sin embargo, señala Villa, el número 26 del artículo 19 de nuestra Constitución establece que los preceptos legales que regulen las garantías constitucionales, o que las limiten, no podrán afectar los derechos *en su esencia*.⁶⁶ Es decir, el Constituyente reconocería, según Villa, que en ciertas oportunidades determinados derechos se verán en cierto modo limitados por la legislación que los regule, y es por ello que ha puesto desde ya una limitación a dicha normativa, la cual consiste en que ésta no puede afectar la *sustancia o esencia de la garantía o derecho en cuestión*. Cabría preguntarse entonces, si el contrainterrogatorio dirigido a desvirtuar al testigo, es decir, el descrédito no del material probatorio en sí, sino del sujeto que lo aporta, forma parte esencial del derecho de contrainterrogar. Al parecer, en opinión de los autores citados

⁶⁴ Estos son: la letra f) del Art. 8 de la CADH y la letra e) del inc. 3º del Art. 14 del PIDCP.

⁶⁵ Éste señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

⁶⁶ Art. 19: “La constitución asegura a todas las personas: N° 26: la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

anteriormente, la afirmativa sería la opción correcta, ya que se oponen bajo cualquier respecto a la protección de la identidad del testigo.

Villa, por su parte, concluye que el contrainterrogatorio dirigido a desvirtuar *al testigo*, no obstante ser una parte importante dentro del derecho a contrainterrogar, es un derecho *accesorio* del mismo, puesto que, según él, el *núcleo* del contrainterrogatorio estaría constituido por el análisis, ponderación y desacreditación del *contenido de lo declarado*. Por esto mismo, sostiene que la reserva de identidad como medida de protección en favor del testigo ha sido legítimamente consagrada por el Legislador.⁶⁷

Decap afirma que “no es admisible la introducción de prueba alguna que no esté sometida a las reglas de la contradictoriedad”. Pero sin perjuicio de esto, sostiene que *podría* llegar a ser posible que se hagan ciertas concesiones a la protección, que en principio no afecten el derecho de defensa, buscando así un equilibrio entre ambos intereses, y así concluye que, en la medida que la defensa tenga acceso a las declaraciones efectuadas por el testigo en la etapa de investigación, la afectación del derecho de defensa *no opera en su esencia*, ya que de todas maneras el defensor podrá preparar su contrainterrogatorio, haciéndose posible el ejercicio de la garantía judicial mínima aceptable en un estado de derecho, es decir, el control de la prueba de cargo. De esto desprendemos que para Decap el contrainterrogatorio dirigido a *desvirtuar al testigo* no formaría parte esencial del derecho al mismo, pero sí lo haría el que

está dirigido a desvirtuar *sus declaraciones*. Finalmente, se inclina por rechazar, por afectar la garantía judicial, la declaración de un testigo cuya identidad física se desconoce por la defensa, *si no existen antecedentes de las declaraciones prestadas por él en la investigación*.⁶⁸

Una idea distinta de ésta es la que expone Fernando Gelvez, quien estima que se *podría* admitir la interpretación según la cual un procedimiento con testigos secretos respeta parcialmente el derecho de contradicción a través de la posibilidad del contrainterrogatorio. Pero considera que la declaración testimonial receptada de esa manera, impediría al imputado y su defensor la posibilidad de realizar una adecuada evaluación crítica del testimonio; circunstancia que constituye una parte fundamental del principio de controversia de la prueba. Por otra parte, señala que una valoración probatoria adecuada de la manera en que un testigo ha percibido a través de sus sentidos los hechos sobre los cuales declara, solamente es viable conociendo la identidad del testigo, atento que la percepción no es un simple proceso físico sino que tiene profundas connotaciones psíquicas, puesto que aún cuando para percibir se requiere el auxilio de órganos físicos externos, ellos siempre están bajo el control de nuestro cerebro. Termina señalando que la única forma de evaluar la *percepción* de un testigo, es conociendo su identidad; si no existe esa posibilidad, el imputado y su defensor no podrán estar seguros de si el testigo conserva sus órganos de percepción (nariz, oídos, ojos, etc.) en buenas, regulares o malas condiciones de funcionamiento,

⁶⁷ VILLA VEGA, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes...”, op. cit., p.154.

toda vez que no puede ser apreciada de igual forma el relato de lo visto por una persona que utiliza anteojos -por padecer cualquier impedimento visual- que lo apreciado por un individuo carente de afección visual alguna.

En relación con el segundo punto, es decir, los requisitos necesarios para utilizar la reserva de identidad como medida de protección del testigo, Villa expone que las limitaciones a las garantías constitucionales deben ser *racionales*, como se desprende *a contrario sensu* de la redacción del recurso de protección, y que junto a esta racionalidad, se encuentra la aplicación de dos principios: el de *necesidad* y el de *proporcionalidad*. Así, y en relación con el principio de necesidad, los supuestos exigidos para que opere la reserva de identidad del testigo serán, según Villa, primero, que las condiciones de riesgo en que se encuentra el testigo sean tales que obliguen al Estado a proporcionarle una medida de protección que pueda llegar a afectar parcialmente los derechos constitucionales del imputado. Estas situaciones de riesgo se darán cuando se presenten antecedentes concretos que hagan temer atentados contra bienes jurídicos tan relevantes como el derecho a la vida, integridad o seguridad del testigo. El segundo supuesto es que el resto de las medidas posibles se consideren fundadamente ineficaces, lo cual hará *estrictamente necesaria* la medida de ocultación de identidad como *único medio capaz de asegurar la protección de los derechos del testigo*.⁶⁹

⁶⁸ Para mayor información ver: DECAP FERNANDEZ, Mauricio, “De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa”, op. cit. pp.100-103.

En relación con el principio de proporcionalidad, éste se refiere a que la medida debe ser utilizada sólo en la extensión mínima necesaria para proteger los derechos que se cree pueden ser vulnerados, y sólo si la desprotección de tales derechos se tradujere en la imposibilidad de ejercerlos en el futuro.⁷⁰

Asimismo, debemos examinar la posibilidad de aplicar la medida de reserva de identidad a procedimientos por delitos comunes, entendiendo por tales a aquellos en que no se contempla la reserva de identidad como mecanismo de protección de testigos.

Parece claro que el legislador chileno no contempla esta medida para los delitos comunes, ya que sólo establece como excepción al señalamiento de los datos del testigo la reserva de su domicilio. Así parece desprenderse también de la historia fidedigna del artículo 307 del CPP, en que consta que la intención del legislador era prohibir el uso de ese mecanismo.

El proyecto primitivo de Código Procesal Penal contemplaba la posibilidad de mantener en secreto la identidad del testigo cuando su conocimiento público

⁶⁹ VILLA VEGA, Diego, "Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes..." op. cit., p. 154.

⁷⁰ Ibid, p. 155; En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado respecto de estos elementos, concordando plenamente con lo expuesto. "El derecho de defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legítima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar". Sentencia C/475/97, Demanda de Inconstitucionalidad, Roberto Lobelo Villamizar y Manuel Fernando Moya Vargas, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC475_97.HTM [Sitio visitado el día 04 de Junio de 2004].

podiere significar peligro para él mismo u otras personas.⁷¹ Sin embargo, la Cámara de Diputados eliminó esta disposición por considerar que violentaba abiertamente el derecho de defensa,⁷² argumentando además que “los testigos se pesan, no se suman”,⁷³ es decir, el juez lo que toma en cuenta es la calidad del testigo, la calidad del testimonio.⁷⁴ En definitiva, debemos concluir que en Chile es muy difícil sostener la aplicación de la medida de reserva de identidad de testigos en delitos comunes.

⁷¹ El artículo 217 del Proyecto establecía: “Individualización del testigo: [...] si hubiere motivo para temer que la manifestación pública de su identidad pudiere presentar un peligro para la vida o la integridad corporal del testigo u otra persona, el juez o el presidente del tribunal, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder las preguntas relativas a su identidad.

[...] Si el testigo hiciera uso del derecho previsto en este artículo, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella [...]”. SENADO REPÚBLICA DE CHILE, *Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Boletín Núm. 1.630-07

⁷² NAHUM ANUCH, Roberto, “El Sistema Probatorio del Código Procesal Penal”, en *Gaceta Jurídica*, Núm. 247, (2001), p. 9; “El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados señala:

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

Hoy en día, el secreto de la identidad del testigo dura exclusivamente hasta el término del sumario. Suponer que se mantendrá la validez del testimonio de una persona que se niega a identificarse y dar a conocer su identidad en el juicio oral final pudiera significar una indefensión absoluta hacia el afectado.” VILLA VEGA, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes [...]”, op. cit., pp. 156-157.

⁷³ Ibid, p. 157.

⁷⁴ Ibid, p. 155: “En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los testigos se pesan, no se suman; por lo tanto lo que vale es la calidad del testimonio. Si se le han restado la identidad y sus antecedentes como elemento de la calidad al testigo, se presta para que dos personas, bajo el pretexto de la identidad falsa, se pongan de acuerdo para acusar a una persona de un hecho y ésta nunca podrá desvirtuarlo., lo cual excede con creces los objetivos del secreto del testigo. El inculpado tiene pleno derecho

4. EXAMEN PRETORIANO DEL DERECHO DE DEFENSA.

La Jurisprudencia, tanto nacional como internacional y comparada, también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el punto que nos interesa. A continuación veremos algunos de sus criterios y razonamientos.

4.1. Jurisprudencia Internacional.

Desde la perspectiva jurisprudencial, en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, ha señalado que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, *bajo las mismas condiciones*, con el objeto de ejercer su defensa, y entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores vulnera el derecho, reconocido por la CADH, de la defensa de interrogar testigos.⁷⁵

En el ámbito Europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido en varias oportunidades la importancia de proteger a los testigos

a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes. El derecho a defenderse es un derecho consagrado en la Constitución”.

⁷⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, de 30 de Mayo de 1999, en Sitio Web de la Comisión andina de Juristas, en http://www.cajpe.org.pe/Buscadores_CAJ.htm. [Sitio Web visitado el día 27 de Agosto de 2004].

expuestos a peligros⁷⁶, pero aún así, estimó contrario a las exigencias derivadas de la CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. Debido a la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo, la Corte Europea considera contrario a las exigencias derivadas del artículo 6.3.d) de la CEDH la posibilidad de valoración de las declaraciones de los testigos anónimos.⁷⁷

En el caso *Doorson*, donde fueron presentados testigos anónimos, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos, no ha considerado infringida la Convención, ha claramente señalado que el juez *no puede fundar su decisión únicamente, ni en una medida determinante, en testimonios anónimos*, señalando que “los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos [...] citados a declarar”.⁷⁸

⁷⁶ Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 (*Caso Kostovski*), de 27 de septiembre de 1990 (*Caso Windisch*) y de 15 de junio de 1992 (*Caso Ludi*), citadas por RIVES SEVA, Antonio Pablo, “Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima”, en <http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html> . [Sitio Visitado el día 09 de Octubre de 2004].

⁷⁷ RIVES SEVA, Antonio Pablo, “Casos Extravagantes de Testimonio: el Coimputado y la Víctima”, en <http://noticias.juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102-coimp3.html> . [Sitio Visitado el día 09 de Octubre de 2004].

⁷⁸ La Corte Europea señaló que el art. 6 no exige explícitamente que los intereses de los testigos citados a declarar, sean tomados en consideración. De todas maneras, pueden verse su vida, su libertad o su seguridad, como intereses relevantes incluidos, de un modo general, en el art. 8 de la Convención. Tales intereses de testigos y de víctimas son protegidos, en principio, por otras disposiciones de la Convención que exigen a los Estados que organicen el procedimiento penal de modo que dichos intereses no sean puestos en peligro. Sentado esto, los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados a declarar.

4.2. Jurisprudencia Comparada.

Los Estados que más reiteradamente aplican la reserva de identidad como medida de protección de testigos en nuestro continente son Perú y Colombia, debido principalmente a la gran cantidad de delitos terroristas y de tráfico de drogas. Esta medida está legitimada en estos dos países. Así, una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú advierte que para que un tribunal de justicia condene válidamente a un inculpado como autor de un delito determinado, es necesario que las pruebas ofrecidas por un testigo no susceptible de interrogar sean corroboradas con otros medios de prueba. Por ello, la limitación para conocer la identidad del testigo anónimo establecida en la Ley de Lucha contra el

La decisión de la Corte de Apelaciones de Ámsterdam de no revelar a la defensa la identidad de Y.15 e Y.16 se basaba en la necesidad, constatada por ella, de obtener sus testimonios protegiéndolos contra posibles represalias de la parte requirente. Se trataba, evidentemente, de un motivo pertinente para autorizarlos a conservar el anonimato. No obstante que, según el requirente no se había confirmado que Y.15 e Y.16 hayan sido nunca objeto de amenazas de su parte, la decisión de mantener el anonimato no puede en sí estimarse irrazonable. Debe tenerse presente el hecho, establecido por los tribunales internos y no controvertido por el señor Doorson, que los traficantes de droga recurren frecuentemente a amenazas o a la violencia efectiva en perjuicio de personas que declaran en contra de ellos. En este sentido, las declaraciones hechas por los testigos mencionados ante el juez de instrucción muestran que uno de ellos había sufrido, según dijo, en el pasado, violencias de parte de un traficante de droga contra quien había declarado, mientras que el otro había sido amenazado. En suma, había motivos suficientes para mantener el anonimato de Y.15 e Y.16.

El mantenimiento de este anonimato plantea dificultades a la defensa que normalmente no debieran presentarse en el marco de un proceso penal. No obstante, no puede constatarse ninguna violación del art. 6 párr. 1 en conjunto con el art. 6 párr. 3 d) (art. 6-1+6-3-d) de la Convención, si se establece que el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales ha compensado suficientemente los obstáculos que aquejaron a la defensa.

En fin, es menester recordar que, incluso en los procedimientos que compensan suficientemente los obstáculos que perjudican a la defensa, una condena no puede fundarse únicamente, ni en una medida determinante, en testimonios anónimos. En todo caso, esto no ocurre en la especie: aparece suficientemente que la Corte de Apelaciones no ha fundado su convicción de culpabilidad únicamente, ni en una medida determinante, en los testimonios de Y.15 e Y.16.

De otra parte, es menester tratar con extrema prudencia las declaraciones obtenidas de testigos en condiciones tales que los derechos de la defensa no puedan garantizarse en la medida normalmente exigida por la Convención. La Corte se ha persuadido que se ha obrado así en el procedimiento penal que ha logrado la condena del requirente; la Corte de Apelaciones declaró explícitamente haber tratado las declaraciones de Y.15 e Y.16 'con la prudencia y detención requerida'. Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos,

Tráfico Ilícito de Drogas es constitucionalmente válida, en tanto procura resguardar la seguridad de quienes prestaron información clave para la captura de los jefes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas.⁷⁹

Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia, pronunciándose sobre la constitucionalidad de la ley 504 de 1999 que establece la reserva de identidad de testigos, expresó que dicha ley, en relación a tal medida de protección es inconstitucional, puesto que es violatoria de la garantía del debido proceso.⁸⁰ No

de 26 de Marzo de 1996, cita contenida en VILLA VEGA, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes...”, op. cit. pp.155-156.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, *Recurso extraordinario interpuesto por don León Domínguez Tumbay contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 166, de fecha 20 de junio de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos*, de 14 de Agosto de 2003, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/1808-2003-HC.htm>. [Sitio Web visitado el día 27 de Agosto de 2004].

⁸⁰ Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad.

Podría aducirse en pro de la constitucionalidad de la institución cuestionada, que lo que en definitiva importa es lo que dice el testimonio, y no quién es el testigo; y, además, podría agregarse que conocida tal declaración, existirá la posibilidad de interrogación posterior al testigo sobre lo declarado.

Sin embargo, tal argumentación resulta un sofisma inaceptable a la luz de la Constitución y de principios elementales del derecho probatorio. En efecto, para nadie es desconocido que las condiciones personales del testigo como órgano de la prueba, pueden ser también materia de debate en el ejercicio del derecho de contradicción. Del mismo modo, la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes eventualmente puedan resultar afectados o beneficiados con su declaración, puede ser objeto de confrontación y examen en la contradicción de la prueba. Además, el contacto directo de las partes con el testigo durante la recepción de la declaración de este, permite al procesado o a su apoderado la percepción inmediata de la reacción anímica del deponente ante las preguntas que se le formulan, lo cual puede resultar útil para ejercer el derecho de preguntar o contrapreguntar, lo que quiere decir que, si se ignora quién es el testigo y si el sindicado se encuentra ausente cuando aquél declara, se vulnera su derecho a la publicidad y a la contradicción de la prueba, parte fundamental del debido proceso judicial.

La Corte reconoce que una de las funciones de la Fiscalía General de la Nación es la protección de testigos, pero asegura que ésto no significa que cualquier norma referida al programa de protección a testigos resulte conforme a la Constitución. Eso es lo que ocurre con la institución que autoriza los testigos con reserva de identidad.

De esta suerte, concluye entonces que la reserva de identidad de los investigadores, juzgadores y testigos resulta violatoria del derecho a la publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso consagrada por el artículo 29 de la Carta.

obstante, en Colombia es habitual que se acepte como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada. Cabe señalar que esta sentencia tiene gran importancia, pues denota un giro en el criterio de la Corte, la cual en la sentencia C/475/97, consideró válida la reserva de identidad como mecanismo de protección de testigos.

En el ámbito europeo, la ley Española, como lo señalamos *supra*, permite la reserva de identidad de testigos, medida que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Español, siempre que la sentencia no se funde únicamente en ese tipo de testimonios.⁸¹

4.3. Jurisprudencia Nacional.

En nuestro país se ha aceptado la declaración en juicio oral de testigos de identidad reservada. Así, en Octubre de 2003 la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la resolución que había condenado a los imputados por el delito de homicidio calificado, y que se fundaba, entre otras cosas, en la incapacidad del defensor

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, *Declaración de Inconstitucionalidad de la Ley 504 de 1999 solicitada por Pedro Pablo Camargo, Carlos Alberto Maya Restrepo, Augusto Francisco Bernal González y Carlos Mario Salazar Pineda*, de 6 de Abril de 2000, en http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC392_00.HTM. [Sitio visitado el día 08 de Octubre de 2004].

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo promovido por don Manuel Dueñas Bernal y don Rafael Ruiz Molina contra la Sentencia dictada el 24 de septiembre de 1999 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2002, en

para ejercer los derechos de defensa por existir testigos cuya identidad era reservada, lo cual, según la defensa, configuraba la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.⁸² A éste argumento la Corte, citando la opinión expuesta por la Fiscalía respondió lo siguiente:

“La existencia de testigos protegidos o cuya individualización no debe entregarse para asegurar su integridad física y síquica, se corresponde con una sociedad en donde la declaración de los testigos puede ser perjudicial para las personas que, en orden a evitar el testimonio, adopten presiones ilegales o amedrentamientos que amenacen la vida o la integridad física y síquica, incluso la afecten, como se ha conocido en otros países. Desde este punto de vista, es perfectamente posible que los testigos no presenten la identidad frente a los imputados o sus abogados, porque ello no constituye un elemento sustancial de la defensa técnica, pues ella debe referirse al contenido, análisis y ponderación de lo que éste declare, aspecto del cual no debe existir limitación alguna. Esto es, un testigo debe declarar acerca de todas y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiere identificarlo, por un fin mucho mayor, que ya no es averiguar la verdad sino conservar la vida y la integridad física y psíquica de una persona, por lo tanto [...], en este caso concreto, no puede constituir el secreto de la individualización de los deponentes una causal de nulidad de la sentencia, porque no se ha impedido al defensor ejercer las facultades legales”.⁸³

<http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2002/STC2002-219.html>. [Sitio Visitado el día 06 de Octubre de 2004].

⁸² Este numeral establece: “Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

⁸³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Recurso de Nulidad presentado en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta el 28 de Agosto de 2003, en caso RUC N° 0200070382-9, de 13 de Octubre de 2003, Rol 323-03, en Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, Marzo, (2004), pp. 148-150.

Con un enfoque distinto, la Corte de Apelaciones de La Serena también ha aceptado la figura de los testigos de identidad reservada, esta vez en un caso de tráfico ilícito de estupefacientes, pero los fundamentos fueron distintos. En este caso la defensa sostuvo la concurrencia de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal⁸⁴, al infringirse el artículo 340 del mismo⁸⁵, pues encerrarían una duda razonable. De esto se desprende que, para la defensa, *la declaración de testigos reservados genera una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción que le exige el artículo 340*, y sería por lo tanto esta duda razonable la que obstaría a la validez de la resolución judicial. Pero la Corte se pronuncia en el sentido de la *valoración de la prueba*, señalando “que las impugnaciones al valor de la prueba [...] testifical con que el recurrente fundamenta la citada causal del artículo 373 letra b), dicen relación con la apreciación de dichos medios de prueba para establecer los hechos, [...] escapa a la facultad del tribunal de nulidad, siendo facultad soberana de los jueces orales, por lo que no se dará lugar a dicho capítulo de nulidad”.⁸⁶

Esta decisión fue acordada con un voto disidente, que estima concurrente la causal de nulidad alegada, argumentando que “se ha afectado el principio de

⁸⁴ Este numeral señala: “Procederá la declaración de nulidad y del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

⁸⁵ Éste señala: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.”

⁸⁶ Sentencia de la Corte de apelaciones de La Serena, *Recurso de Nulidad interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle en caso RUC 0100010094-K, de 9 de Octubre de 2001, Rol N° 24*, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, de Octubre de 2001, en <http://www.ministeriopublico.cl/default.asp?cuerpo=80>. [Sitio visitado el día 12 de Agosto de 2004].

publicidad que inspira el nuevo proceso penal, al permitir que declaren como testigos de cargo personas con reserva de identidad, infringiendo lo prescrito en el artículo 307 del Código Procesal Penal, norma de la que se desprende que la única excepción a la publicidad en materia de prueba testimonial dice relación con la posibilidad de mantener en secreto el domicilio de un testigo, pero no su identidad.”

Comentando esta sentencia y el voto disidente, Luis Emilio Rojas advierte que el voto mayoritario tiene razón en que la declaración de un testigo con reserva de identidad es un tema de prueba, y que en este caso el principio que se vio afectado no fue el de publicidad, como señala el voto disidente, sino el de contradicción. Pero también hace hincapié en un hecho que no fue advertido por ninguno de los votos, y dice relación con una de las excepciones a la revelación de la identidad del testigo contenida en la ley 19.366. Rojas concluye que la afirmación del voto disidente, en el sentido de que la única excepción al principio de publicidad permitida por el artículo 307 es la reserva del domicilio del testigo, pero no de su identidad, es doblemente equivocada, primero porque la auténtica excepción al principio de publicidad es la prevista por los incisos 2º y 3º del artículo 307, y ella alcanza la identidad del testigo, y segundo, porque el artículo 307 contempla las excepciones de la leyes especiales que permiten mantener en reserva la identidad del testigo.⁸⁷

Finalmente, en otra sentencia, la Corte Suprema nuevamente rechazó un recurso de nulidad que se fundaba, entre otras cosas, en la utilización de testigos de identidad reservada en una causa por incendio terrorista y amenaza terrorista, argumentando que en ese tipo de casos estaba claramente establecida por la ley dicha medida.⁸⁸

⁸⁷ ROJAS, Luis Emilio, “Reserva de Identidad y Principio de Publicidad”, en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, Octubre de 2001, en <http://www.ministeriopublico.cl/default.asp?cuerpo=80>. [Sitio visitado el día 12 de Agosto de 2004].

⁸⁸ “En cuanto a la identidad reservada del testigo, que según dicen los recurrentes afecta el debido proceso y al principio de igualdad ante la ley, cabe expresar que lo que se reclama ha sido autorizado por el legislador en los artículos 15 y 16 de la ley 18.314 dada la peligrosidad que lleva envuelta el delito terrorista”. Sentencia de la Corte Suprema, en *Recurso de Nulidad interpuesto por don Pascual Huentequero Pichún Paillalao y don Aniceto Norín Catrimán, en contra de la resolución del Tribunal Oral en lo Penal de Angol*, de 15 de Diciembre de 2003, en <http://www.poderjudicial.cl/0.8/info/caus>

CONCLUSIONES.

Sabemos que los derechos humanos son inherentes a las personas, absolutos, irrenunciables, imprescriptibles, inalienables y universales. El derecho al debido proceso ha sido reconocido por las declaraciones y pactos internacionales ratificados por Chile, como un derecho humano, y como tal, goza de estas características.

Sobre la base de esta consideración, y de los elementos proporcionados por este trabajo, es que estamos en condiciones de concluir que, si bien dentro del proceso penal pudiesen eventualmente provocarse ciertas consecuencias para los testigos, que ameritan medios de protección eficaces, éstos no podrían llegar a ser tales que violen alguna garantía procesal del imputado.

Como sabemos, una de las finalidades de la reforma procesal penal es precisamente proteger al máximo los derechos del imputado, de modo de cumplir con los estándares internacionales de la garantía del debido proceso. Esto pasa por una adecuación en el sistema legal y jurisprudencial.

Por otra parte, nuestra Constitución nos garantiza un juicio *racional y justo*. Cabe entonces preguntarnos: ¿Es *racional* un procedimiento en el que la defensa no tiene forma alguna de controlar la prueba de testigos presentada por la

as/esta402.php?rowdetalle=AAAHkyAAXAAAShMABE&consulta=100&glosa=CORTE+SUPREMA&caus

contraparte, debido a que no conoce la identidad de los mismos, de manera que nada puede investigar acerca de ellos? y, ¿es *justo* que una persona pueda ser condenada en un procedimiento en que no ha podido ejercer efectivamente su derecho de defensa?. En ambos casos nos inclinamos por la negativa.

A nuestro juicio, un ordenamiento jurídico en el cual se acepta como medio de prueba la declaración de testigos de identidad reservada para la defensa, sería inconstitucional, y atentaría, asimismo, contra la garantía del debido proceso.

El contrainterrogatorio de testigos sería una parte esencial del derecho de defensa en un proceso en que es el *único medio* existente para controvertir dicha prueba. De ahí que podemos sostener que no podría entonces limitarse este derecho ni siquiera parcialmente, pues, además, los pactos internacionales no reconocen limitación alguna, bajo ninguna circunstancia al contrainterrogatorio.

Por otra parte, nuestro Código Procesal Penal establece que el convencimiento que debe existir en el juez para arribar a la sentencia, debe ser *más allá de toda duda razonable*. Nos parece evidente que la declaración de este tipo de testigos genera, al menos, una duda razonable que le impide al tribunal alcanzar la convicción exigida por la ley.

Para finalizar, consideramos que en nuestro país, al aceptarse *testigos sin rostro*, como han sido denominados, tanto por la ley como por los tribunales, se ha

[a=4423/2003&numcua=21951](#). [Sitio Visitado el día 08 de Octubre de 2004].

retrocedido en la tan anhelada protección del debido proceso. Estamos conscientes de que el testigo también goza de garantías tan valiosas como las del imputado, pero respecto de su protección, debe haber un mayor esfuerzo por parte del Estado para lograr mecanismos *a posteriori* realmente efectivos, de modo de no llegar a ocultar su identidad. Mientras no se supere esta falencia del sistema, los tribunales deberían, al menos aceptar el hecho de correr serio peligro de violación o amenaza de sus derechos fundamentales como justa causa para excusarse el testigo de declarar, cuando existan antecedentes fundados para esta medida. (Recordemos que la ley acepta que un testigo se excuse de declarar con justa causa, pero no define qué debe entenderse por tal). Perderíamos así un medio de prueba importante, pero ganaríamos un proceso respetuoso de las garantías de todas las partes.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- AGUILAR A., Cristian, *Código Procesal Penal Comentado*, Edit. Conosur, Santiago, 2002.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

- CAROCCA PÉREZ, Alex. "Las Garantías Constitucionales en el Sistema Procesal Chileno", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 3 núm. 2, 1997, pp. 145-226.
- CASAL H., José María. "Libertad Personal, Seguridad individual y Debido Proceso en Venezuela", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 5 núm. 1, 1999, pp. 165-186.
- DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, "De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa", en *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*, núm. 3, 2002, pp. 89-107.

- HUTINEL PENJEAN, Luciano, "Infracción Sustancial y Procedimiento e Investigación Racionales y Justos", en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 14, 2003, pp. 138-142.
- MEINS OLIVARES, Eduardo. "El Debido Proceso en el Ordenamiento Jurídico Chileno y en el Nuevo Código de Procedimiento Penal", en *Revista Ius et Praxis*. Vol. 5 núm. 1, 1999, pp. 445-460.
- MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, "El Justo y Debido Proceso en el Derecho Internacional", en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, 2001, pp. 87-94.
- MONTES, Paula, "Debate genera declaración de los denominados 'testigos sin rostro'", en *La Semana Jurídica*, núm. 127, 2003, pp. 8-9.
- NAHUM ANUCH, Roberto, "El Sistema Probatorio del Código Procesal Penal", en *Gaceta Jurídica*, núm. 247, 2001, pp. 7-22.
- PALOMO VÉLEZ, Diego, "Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Perspectiva Chilena de la Dogmática Procesal del Derecho a la Tutela Judicial. Un Apoyo en dos Fallos: Caso Barrios Altos y Caso Petruzzi", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 8 núm. 2, 1999, 256-298.
- ROJAS, Luis Emilio, "Reserva de Identidad y Principio de Publicidad", en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 6, 2001, pp. 71-75.
- SALAS VIVALDI Julio, "El Debido Proceso: Tres Instituciones Procesales y una Ausente. El ámbito Constitucional", en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 3, pp. 51-68.
- VILLA VEGA, Diego, "Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes. Fallo de Recurso de Nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9", en *Boletín del Ministerio Público*, núm. 18, 2004, p. 148-157.

OTROS:

- GARCÍA, Heriberto Antonio, “El Testigo Protegido y los Derechos Humanos, en http://www.cedhoax.org/_aprenda/art004.htm. [Sitio visitado el día 09 de Octubre de 2004].
- GELVEZ, Fernando, “Testigos de Identidad Reservada”, en <http://www.juschubut.gov.ar/buscador/boletinjudicial/boletin22/b22testigos.htm>. [Sitio Visitado el día 7 de Septiembre de 2004].
- ORTIZ QUIROGA, Luis, “Algunas Consideraciones sobre el Derecho a la Defensa en Chile”, en http://www.colegioabogados.cl/revista/16/articulo_8.htm. [Sitio visitado el día 28 de Julio de 2004].
- POBLETE ITURRATE, Orlando, “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo6.htm>. [Sitio visitado el día 29 de Julio de 2004].
- VÁSQUEZ ESPINA, Marcos, “El Debido Proceso: Una perspectiva Procedimental Práctica”, en <http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.utml>. [Sitio visitado el día 15 de Julio de 2004].
- ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, “La Protección de Acusados, Testigos y Peritos en Causas Criminales en el Ordenamiento Jurídico Español, Ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica 19/94. El Problema de los Testigos Ocultos y Anónimos”, en <http://www.cicad.oas.org/DesarrolloJuridico/esp/Ponencias/Indexponencias.htm>. [Sitio Visitado el día 27 de Julio de 2004].
- Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, en <http://www.hchr.org.co/documentoeinformes/documentos/html/informes/osi/cidh>

[/CIDH%20o%20Informe%20Colombia%20Concl%20y%20Recomend.html](#).

[Sitio Visitado el día 25 de Agosto de 2004].

- “Necesidad de Proteger a Víctimas y Testigos en un Proceso Penal”,
<http://168.243.1.4/publica/idhuca/fondo.html>. [Sitio visitado el día 7 de Julio de 2004].

SITIOS EN INTERNET DE INTERÉS:

- Sitio Web del Colegio de Abogados de Chile: www.abogados.cl
- Sitio Web de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas:
www.cicad.oas.org
- Sitio Web de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: www.hchr.org.co
- Sitio Web del Senado de la República de Colombia:
www.sectariassenado.gov.co
- Sitio Web del Tribunal Constitucional Español: www.tribunalconstitucionales
- Sitio Web del Ministerio Público: www.ministeriopublico.cl
- Sitio Web del Poder Judicial: www.poderjudicial.cl

