

LA ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS DESCONOCIDOS POR LA DEFENSA

Propuesta de un estatuto consistente con un sistema adversarial

Erick Ríos Leiva

Síntesis General

La declaración de personas desconocidas por la defensa es una institución que, aun sin tener una mención expresa en nuestro Código Procesal Penal, ha sido en general acogida por nuestros tribunales (más allá de lo establecido en la legislación especial). Se trata de una herramienta procesal que busca dar un resguardo especial a personas cuya participación en un procedimiento penal las somete a un alto riesgo de verse expuestas a un mal para su integridad. No obstante, por otro lado, su uso implica a la vez limitar el ejercicio del derecho a defensa de las personas objeto de persecución penal y limitar las posibilidades de los tribunales de contar con información de calidad suficiente para resolver. Vemos, por tanto, que su aplicación resulta problemática y que requiere de un marco de análisis adecuado, que incorpore las distintas variables e intereses en tensión. El punto entonces está constituido por develar de qué manera resulta posible aminorar, razonablemente, dichos riesgos en aquellos casos en que resulte indispensable acudir a esta institución. En tal sentido, el presente artículo busca dar cuenta de dicha problemática, más específicamente, cuál debe ser, a nuestro juicio, el estatuto y la metodología para determinar en cada caso concreto la admisibilidad de la declaración en juicio de personas desconocidas por la defensa, teniendo como base general de referencia a nuestro Código Procesal Penal. Esperamos así contribuir al debate y al proceso de evolución normativa tanto de nuestro Código como del estatuto de la legislación especial que se ha ocupado de la materia.

1. Introducción

Síntesis del Capítulo

Delimita el ámbito de análisis de la reserva y luego realiza una primera aproximación general al instituto. Concluye que ésta tiene una estructura compleja en la que concurren diversos intereses y valores, tanto sistémicos como de parte, cada uno representado por alguno de los intervinientes en la síntesis del problema: Juzgado de Garantía, Ministerio Público, testigos en general e imputados y su defensa.

1.1. Algunas aclaraciones de inicio

Usaremos indistintamente los conceptos de “institución”, “instituto”, “reserva de identidad” o simplemente “reserva” para aludir a la herramienta procesal que permite la declaración en juicio de personas cuya identidad es desconocida por la defensa.

Las personas cuya identidad es desconocida por parte de la defensa estarán comprendidas tanto por testigos como víctimas y peritos. Aun cuando sus “estatus” dentro del proceso resultan ser distintos¹, para estos efectos, serán considerados análogos, pues su reserva implica en todos los casos un mismo efecto: una limitación al ejercicio del derecho de defensa de los imputados y una limitación a la calidad de la información que se producirá en juicio. Cada vez que se utilice el concepto testigo, se estará aludiendo a la vez a todos estos sujetos: testigos, víctimas y peritos.

¹ Para un panorama general acerca de las particularidades de la víctima véase: PLAZA, Gloria. La Protección de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal. En: Revista Procesal Penal, N° 29. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005; y ESPINOSA, Sergio. Medidas de Protección de las Víctimas. En: Revista Procesal Penal, N° 28 Santiago de Chile: LexisNexis, 2005.

El presente artículo centra su análisis en lo que ocurre en la etapa intermedia del proceso penal, fundamentalmente en dos aspectos, el contenido de la acusación y en la discusión sobre la prueba ofrecida por la fiscalía en la audiencia intermedia. Si bien en los hechos, la reserva de identidad puede también tener lugar durante la investigación, nuestro interés será prestar atención en esta etapa, pues allí es donde tiene lugar en nuestro sistema el análisis de la admisibilidad de la prueba y donde se producen los mayores problemas de comprensión de la disposiciones de nuestro Código Procesal Penal, en adelante CPP.

Es preciso advertir también que este artículo se construye sobre la premisa de que sí debe ser admisible la reserva, no obstante, veremos que ello requiere del cumplimiento de una serie de exigencias que actualmente son pasadas por alto por la actual práctica judicial. Muchas de nuestras consideraciones podrán ser asumidas directamente por el sistema sobre la base de reinterpretar las normas del CPP. De hecho, creemos que existen muy buenas razones, las que intentaremos explicitar, para *leer* las disposiciones actuales del Código desde el prisma adversarial que proponemos. Sin perjuicio de lo anterior, trataremos de ensayar un nuevo estatuto en el que sin duda resulta preferible una reforma legal, dada la magnitud de los cambios por los que abogamos.

Por otro lado, cabe destacar que este artículo se ocupará de la reserva en su faz de limitación al derecho de defensa de los imputados y no respecto de aquella que importa una limitación a la publicidad del proceso. Veremos que estos son ámbitos distintos, cuestión sobre la cual no siempre existe suficiente conciencia.

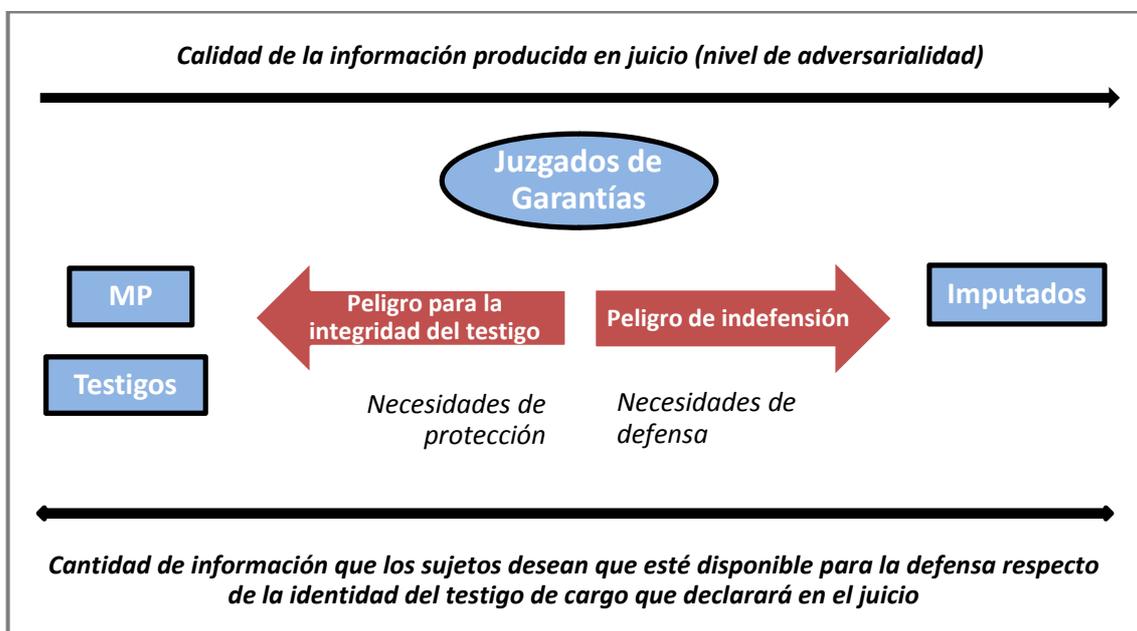
Finalmente, es necesario mencionar que estas líneas han sido escritas a partir de algunos pasajes de mi trabajo de tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Para una revisión algo más detallada de las temáticas que trataremos, recomendamos consultar aquel trabajo².

1.2. Descripción preliminar del problema detrás de la admisibilidad de la reserva

En el conflicto que plantea la institución concurren diversos sujetos con intereses distintos que pueden o no ser coincidentes. Intentaremos graficar lo anterior en el siguiente esquema:

² RÍOS LEIVA, Erick. La Admisibilidad de la Declaración de Testigos Desconocidos por la Defensa en el Código Procesal Penal. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2010. Disponible también electrónicamente en Revista Pensamiento Penal: http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=11329 [20 de enero de 2011].

Esquema 1
Sujetos e intereses concurrentes y dinámica³



Fuente: *Elaboración propia*

Este esquema intenta graficar los distintos sujetos e intereses que concurren en el problema, el cual se traduce básicamente en la cantidad de información que la defensa puede/debe acceder respecto de la identidad de un testigo de cargo y en la dinámica de cómo dar preeminencia a alguno de dichos intereses impacta sobre la satisfacción de los del resto.

En los extremos del esquema se encuentran el Ministerio Público y los testigos por un lado; y el imputado y su defensa por el otro.

El Ministerio Público y los testigos desean que se entregue la menor cantidad de información posible. Para el testigo, la razón es obvia: es el principal interesado en que su participación en el proceso no le signifique una exposición a un riesgo o peligro. En cuanto al Ministerio Público, no sólo se trata de una cuestión de prescripción legal, sino también de conveniencia práctica: además de su deber de brindar protección a víctimas y testigos, como órgano responsable de la persecución penal pública, resulta de su máximo interés transmitir a la sociedad que ir a juicio a declarar en contra de un imputado no constituye algo peligroso, pues de lo contrario, la confianza en la institución y en el sistema disminuye conjuntamente con sus posibilidades de ejercer con éxito sus funciones⁴.

³ El esquema plantea la situación básica y general en la que concurre el Ministerio Público (“MP”), la o las personas que desean ser protegidas con la reserva de identidad (“Testigos”); el imputado y su defensa (“Imputado”) y el ente jurisdiccional (“Juzgado de Garantía”). Este esquema podría variar en la medida que exista además un acusador particular quien tendería a situarse en el mismo sector de “MP” y “Testigo”.

⁴ Se ha dicho que “En términos generales, si el conflicto se resuelve a favor del derecho a defensa estableciendo por ejemplo que siempre existirá el contraexamen, sin restricciones, ello implicará por su parte

Los imputados y su defensa desean conocer la mayor cantidad posible de información respecto de la identidad de los testigos de cargo, pues ello los dota de mayores elementos para intentar desacreditar al testigo y/o a su testimonio. Así, por ejemplo, sólo conociendo su identidad, podrá conocer si existe algún vínculo especial respecto de la víctima, cuestión que eventualmente puede tener alguna utilidad de desacreditación⁵.

Los Juzgados de Garantía se ubican en el centro del esquema y en un lugar equidistante de los demás sujetos, pues son quienes están llamados a articular sus intereses. Sin embargo, en ellos también concurren intereses propios, fundamentalmente, la necesidad que la información que se produzca en juicio sea de buena calidad para que así también lo sea la decisión adoptada conforme a ella (la sentencia). En un sistema adversarial, como el nuestro, la forma en que se intenta garantizar la calidad de la información en juicio es por medio de dotar a las partes de las mayores herramientas posibles para contradecir la información que aporta la contraria⁶. Por ende, que exista una contradicción intensa dentro del juicio no es sólo un interés individual de cada imputado, es también un interés sistémico cuya protección en este sentido está encargada a los tribunales.

En el esquema vemos que mientras mayor sea el riesgo o peligro para el testigo, mayores serán sus necesidades de protección, lo que se traducirá a su vez en mayores presiones para que los Juzgados de Garantía tiendan a brindarle protección por medio de restringir a la defensa el acceso a sus datos personales. Sin embargo, ello a su turno implica restringir las facultades de contradicción de los imputados y, consecuentemente, conlleva un impacto negativo en la calidad de la información que será producida en juicio, aumentando así la posibilidad de un error judicial.

una necesaria mayor fortaleza del programa de protección al testigo, so pena de no tener incentivos el testigo a arriesgarse ni herramientas el Estado para perseguir el crimen. Si por el contrario, la Legislación comprende medidas de protección de identidad del testigo aun afectando el derecho a defensa, el sistema de protección se relativiza al menos en sus efectos en el largo plazo” (PEÑAFIEL, Hernán. La Protección al Testigo en el Nuevo Ordenamiento Procesal Penal, Particularmente frente al Crimen Organizado. En: Revista Procesal Penal, N° 6. Santiago de Chile: LexisNexis, 2003. p. 16).

⁵ JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002. p. 354 “...la reserva de identidad imposibilita a la defensa conocer las cualidades personales del testigo, averiguar sobre sus antecedentes, y demás condiciones particulares que pueden servir para afectar a un eficaz interrogatorio al mismo y posteriormente su adecuada crítica y evaluación. Y esta imposibilidad de la defensa se proyecta también al tribunal, desde que si bien los jueces conocen la verdadera identidad pueden no conocer ni investigar, interrogar o advertir, cuestiones que la defensa sí saque a la luz durante el debate”.

⁶ “El sistema acusatorio -particularmente en la versión chilena- está diseñado sobre la base de una importante confianza en la competencia adversarial, esto es, en la idea de que el proceso -y especialmente el juicio- promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que dicho enfrentamiento arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información. El sistema incentiva que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y por lo tanto la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (argumentación y prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo, y que, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder” (BAYTELMAN, Andrés. La Capacitación como Fútbol. En: Revista Sistemas Judiciales, N° 1 ¿Crisis en la Capacitación Judicial? 2002. Disponible en World Wide Web: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/570.pdf> [21 de julio de 2010].

Por la inversa, en la medida que se tienda a dar preeminencia al interés de los imputados y se prefiera entregar una mayor cantidad de datos sobre la identidad de los testigos, estos tenderán a verse proporcionalmente más desprotegidos y a la vez puede aumentar el desinterés de la comunidad en colaborar con la persecución sirviendo como testigos de cargo y atrofiando de paso las posibilidades del sistema judicial de servir efectivamente para resolver los conflictos penales, especialmente tratándose de los más graves en donde existe mayor miedo por parte de la comunidad por denunciar y participar en los procesos. No obstante, su lado positivo está dado por satisfacer en mejor medida el derecho de defensa de los imputados al permitir un mayor grado de contradicción. Esto, por su parte implica una mayor confianza en que la información que se producirá en juicio será de buena calidad, disminuyendo en definitiva las posibilidades de un error judicial.

2. Derecho a Contrainterrogar Testigos Adversos y Reserva de Identidad

Síntesis

Analiza el conflicto que plantea la reserva con el ejercicio del derecho de defensa, en especial, de qué manera ello ocurre y a qué ámbitos específicos de la garantía afecta. Toma como punto de partida una somera revisión del sistema norteamericano y luego avanza en el análisis dando cuenta de la forma y condiciones en que su admisibilidad ha sido aceptada en el marco de de la Jurisprudencia Internacional de los Derechos Humanos, en particular, de la Corte Europea.

2.1. Ámbito concreto de posible afectación del derecho de defensa y admisibilidad de la reserva de identidad

Un ámbito muy relevante del derecho a defensa está relacionado con la evidencia, tanto para aportar prueba propia, como para contraexaminar la contraria. El problema en análisis se relaciona con este último aspecto, es decir, con las posibilidades para contradecir a una prueba adversa, cuestión que en el derecho anglosajón ha sido en general denominado como *derecho a confrontación (confrontation clause)*⁷. Este derecho a confrontación está a su vez compuesto por tres grandes dimensiones: (1) el derecho al “careo” o confrontación “cara a cara” con los testigos adversos que supone el derecho a ver al testigo que está declarando en mi contra; (2) el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos o derecho al contraexamen; y (3) las reglas sobre testimonio de oídas o *hearsay rules*.

El problema de la reserva de identidad se relaciona con la segunda dimensión anotada, esto es, con el derecho a contrainterrogar a los testigos adversos. Ella impide a la defensa, conocer quién es esa persona que irá a declarar al juicio. En tal sentido, puede llegar a implicar un obstáculo relevante para preparar y desarrollar líneas de contraexamen que se vinculen con la credibilidad del testigo o incluso con la credibilidad misma del testimonio.

Esto nos lleva hacia la pregunta de ¿Cuál es la amplitud que se le debe reconocer al derecho a confrontación? Más específicamente, ¿queda cubierto el conocimiento de la identidad de los testigos de cargo por el derecho a contraexamen del que gozan los acusados?

⁷ CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen I. Editorial Forum, 1995.

Una primera observación que cabe apuntar es que las condiciones mínimas que permiten desarrollar un contraexamen efectivo a la defensa no se agotan en el tipo de actividad que las partes pueden desarrollar *dentro de la audiencia de juicio*. El derecho al contraexamen no sólo cubre el ejercicio del abogado defensor de realizar preguntas a un testigo presentado por la fiscalía. Para que éste tenga la oportunidad de ser pleno y efectivo, se requiere también de un trabajo *fuera de audiencia* constituido por averiguaciones mínimas respecto de los testigos que permitan preparar adecuadamente dicho ejercicio en la sala del tribunal. Esto puede ser comprendido a partir del caso que reseñamos a continuación.

Esta es la idea detrás del fallo *Smith vs. Illinois* (1968), un caso por narcotráfico en el que el acusado fue declarado culpable, decisión además corroborada por la Corte Suprema de Illinois. Smith recurre a la Corte Suprema Federal argumentando una violación de su derecho a confrontación. Alega que en el contraexamen de un testigo de cargo, éste reconoció que el nombre que había proporcionado al fiscal en el examen directo era falso y, no obstante, cuando el defensor le preguntó cuál era su verdadero nombre y dónde vivía, el tribunal de Illinois, acogió las objeciones que formuló el fiscal y permitió al testigo no responder su verdadera identidad a la defensa. Ésta obtuvo que la Corte Suprema Federal revocara la condena impuesta, quien calificó al caso como uno *de credibilidad: O se creía en la versión del principal testigo de cargo o se creía en la versión del acusado*. En dicho contexto la Corte primero constató que ciertamente no hubo una total denegación del derecho a contraexaminar, pues efectivamente se permitió al defensor realizar preguntas en el juicio. Sin embargo, no le fue permitido interrogar sobre la identidad del testigo ni dónde vivía. La falsedad en que incurrió el testigo, concluyó la Corte Federal, hizo nacer la necesidad de preguntar acerca de esos dos puntos que le fueron negados a la defensa. Finalmente declara que *“El nombre del testigo y su domicilio abren innumerables líneas de contraexamen en la sala de audiencias y de investigación fuera de la sala de audiencias.”* y que *“No permitir esta mínima investigación, implica vaciar de contenido al derecho a contraexaminar (traducción propia)”*⁸.

⁸ *“En el presente caso no hubo una denegación total del derecho a contraexaminar. Pero al recurrente se le negó la posibilidad de preguntar al testigo principal de la acusación su nombre y dirección, pese a que éste admitió la falsedad del primer nombre que había dado. Cuando la credibilidad de un testigo está en cuestión, el punto de partida para 'exponer la falsedad y traer la verdad al juicio' a través del contraexamen debe ser, necesariamente, preguntar al testigo quién es y dónde vive. El nombre del testigo y su domicilio abren innumerables líneas de contraexamen en la sala de audiencias y de investigación fuera de la sala de audiencias.*

Prohibir la más elemental de las entradas, es efectivamente coartar el derecho al contraexamen en sí mismo. Dar a la parte que contraexamina esa posibilidad razonable constituye la esencia de un juicio justo, aun cuando ella esté impedida de establecer a la Corte los hechos concretos que un contraexamen razonable debería desarrollar. El perjuicio sobreviene del impedimento de la oportunidad de poner al testigo en su propio escenario y poner a prueba la credibilidad y el peso de su testimonio, sin lo cual el jurado no puede apreciar el mismo con justicia... Decir que el perjuicio sólo se habría dado si se hubiese podido demostrar que el contraexamen hubiese necesariamente implicado actos de desacreditación del testimonio principal, es denegar un derecho sustancial y privar de una de las salvaguardas esenciales de un juicio justo. La pregunta "¿dónde vive usted?" era no sólo una pregunta preliminar apropiada para contraexaminar al testigo, sino también, en esta fase, sin ningún tipo de declaración de propósito realizado por el abogado, era un paso esencial en la contextualización del testigo en su ambiente, cuestión a la que el contraexamen siempre debe dirigirse”. (Fragmento extraído de CHIESA APONTE, Ernesto L. Ob cit. p. 399).

En el fallo anterior podemos ver la importancia que reviste para efectos del ejercicio del derecho a defensa tener acceso a los datos personales de los testigos, pues es entendido que en la medida que no se permita a la defensa acceder a ella, *tanto en el contra-examen en juicio como para la necesaria investigación previa*, existe el riesgo de que el derecho a confrontación se vuelva ilusorio⁹.

Cabe destacar que conforme a la normativa federal de Estados Unidos, la fiscalía no está obligada a dar a conocer en forma previa a la defensa la identidad de los testigos que prueban su caso y que irán a juicio a declarar en contra del acusado. Ésta únicamente requiere entregar la información “materialmente exculpatória”, esto es, aquella referida a hechos del caso que pudieran beneficiar al imputado, junto con los resúmenes de los testimonios expertos que la fiscalía llevará a juicio. Ello contrasta con las exigencias de la American Bar Association que obliga a entregar los nombres y domicilios de todos aquellos testigos que tengan información acerca del caso, junto con sus declaraciones escritas (en caso de existir) y especificar cuál o cuáles de dichos testigos desea llamar a juicio para probar su caso. Por último, la American Bar Association obliga a entregar los registros de antecedentes criminales de los testigos¹⁰.

Todo lo anterior sirve para advertir la importancia del fallo antes citado. Allí la Corte revoca la sentencia condenatoria sosteniendo la infracción, no de un deber legal, abstracto y genérico, de proporcionar información acerca del testigo, sino de una construcción normativa a partir del caso concreto: uno en donde lo crucial para determinar la responsabilidad del acusado pasaba por evaluar la credibilidad de un testigo que en juicio otorgó una identidad que no correspondía a la realidad.

⁹ Sin embargo, esta idea no es del todo pacífica en el sistema estadounidense tratándose de información de “mayor magnitud” que la sola identidad de los testigos. En el caso *Pennsylvania vs. Ritchie* (1987), el imputado fue acusado de abusar sexualmente en contra de su hija. El caso había sido investigado y remitido luego a la fiscalía por una agencia policial dedicada a la protección de la infancia y juventud (Children and Youth Services Agency). Mientras el imputado se encontraba en prisión preventiva, la defensa solicitó al tribunal ordenar a dicha agencia la entrega de una copia de los archivos guardados acerca del caso, solicitud a la que éste negó lugar. Posteriormente, la defensa recurrió a la Corte Suprema de Pennsylvania, sosteniendo que dicha denegación había implicado una violación a su derecho a confrontación, al no haber podido preparar adecuadamente el contraexamen a la hija del imputado. La Corte de Pennsylvania afirmó la consideración de que el acceso a los archivos de la agencia policial estaba amparado por el derecho a confrontación, no obstante, con posterioridad, ésta no obtuvo un voto de mayoría en la Corte Suprema Federal de Estados Unidos. La mayoría (cuatro votos), sostuvo que el derecho a contraexaminar testigos adversos no incluye la facultad de requerir en forma previa cualquier información que pudiera llegar a resultar útil para minar la declaración de un testigo (*the ability to cross-examine adverse witnesses “does not include the power to require the pretrial disclosure of any and all information that might be useful” to undermine the witness’s testimony*). En cambio, la minoría (tres votos) declaró que un adecuado descubrimiento antes del juicio resulta indispensable para asegurar la posibilidad de obtener un contraexamen eficaz. Uno de los jueces de minoría además expresamente declaró que existen dos formas de afectar el derecho a confrontación: primero, impedir desarrollar una línea de contraexamen durante el juicio y, segundo, negar el acceso a un material que puede ser esencial para desarrollar una línea de investigación previa. Ver: CHASE, Carol A. The Five Faces of the Confrontation Clause. En: 40 *Houston Law Review*. 2003. p. 1034-1036. Disponible en World Wide Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017180 [18 de julio de 2010].

¹⁰ DRESSLER, Joshua; y MICHAELS, Alan. Ob cit. pp. 154 y 155.

Sin perjuicio de lo anterior, el sistema estadounidense sí ha admitido en ciertas ocasiones la existencia de testigos reservados, bajo la consideración general que el derecho a confrontación no es absoluto y admite, por tanto, excepciones cuando existe un interés que demanda justificadamente mayor protección de parte de los tribunales en un caso concreto.

Los límites a la facultad de contraexaminar testigos se construye a partir del caso *Alford vs. United States (1931)*, en donde la Corte Suprema Federal de Estados Unidos sostiene que los acusados en el ejercicio de su derecho a confrontación no disponen de la facultad de realizar preguntas que, *aunque pertinentes para evaluar la credibilidad y valor probatorio de un testimonio, van dirigidas a hostigar, molestar o humillar al testigo*¹¹.

En el anterior caso *Smith vs. Illinois (1968)*, en un voto concurrente se construye una *sub-doctrina* referida a la reserva de la identidad de los testigos, conforme a la cual *las preguntas que podrían poner en peligro a los testigos, estarán en la misma categoría de excepción que las preguntas destinadas a hostigar y humillar*. En consecuencia, podría verse limitado el ejercicio del derecho a confrontación, pero a condición que el órgano persecutor o el testigo mismo *sean capaces de justificar, ante el juez y ante el debate de la defensa, su negativa a no contestar dichas preguntas. Sólo así el tribunal puede evaluar la necesidad de la respuesta frente a las razones invocadas para no contestar*¹².

Dicho razonamiento es el que permite dar cabida a la institución de la reserva de identidad de testigos. Resulta evidente que el derecho a confrontación de los imputados no es el único interés que el proceso penal busca proteger. Lo es también, como ya se ha dicho, el de los testigos y el de la persecución. Sin embargo, para que la reserva sea legítima, la decisión debe ser adoptada a partir de un debate que permita a la autoridad judicial ponderar adecuadamente los intereses en juego y así justificar su decisión¹³.

¹¹ Ver CHASE, Carol A. Ob cit. pp. 1028 y 1029, quien describiendo el sentido de la doctrina *Alford* sostiene que para determinar el alcance del contraexamen, el tribunal debe analizar los propósitos buscados por el contraexaminador al momento de formular la pregunta o línea de preguntas. Así, si la finalidad es, por ejemplo, humillar al testigo, se trata de una pregunta no protegida por el derecho a confrontación. Por el contrario, pueden existir casos en donde, no obstante, la existencia de alguna disposición legal orientada, por ejemplo, a proteger la intimidad de personas menores de edad y que impide en consecuencia acceder a sus registros penales, la defensa igualmente puede inquirir acerca de ámbitos en principio vedados por la ley, en la medida que aparezca justificada la indagación de un motivo o interés del testigo en declarar a favor del caso de la fiscalía.

¹² CHIESA APONTE, Ernesto L. Ob cit. p. 400.

¹³ Una aplicación de dicha posibilidad de ponderación puede ser apreciada en el fallo del Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Pueblo vs. Dones*, en donde un condenado por el delito de asesinato recurre a la Corte, alegando que se había violado su derecho a confrontación toda vez que no se le permitió inquirir en el contraexamen de un testigo esencial de cargo sobre de su domicilio. La Corte, para resolver, acudió a la técnica de ponderación de intereses en tensión sosteniendo que la razón “...para reconocer el derecho del acusado a esta pregunta (sobre el domicilio del testigo de cargo) es que mediante la misma se sitúa al testigo en su medio ambiente para beneficio del jurado y permite a la defensa investigar la reputación del testigo respecto a su veracidad dentro de su comunidad. De la prueba que ya reseñamos surge claro que en el caso de autos ambos objetivos se lograron mediante otros medios...”. Nuevamente, surge la importancia de acceder a los datos de los testigos personales de los testigos (esta vez, su domicilio), no obstante, se resuelve limitar tal ámbito del contraexamen, bajo la argumentación que la defensa *logró cuestionar la credibilidad del testigo por otros medios*. De esta suerte, la Corte decidió no revocar la condena, pues dicha limitación no resultó ser lo suficientemente perjudicial para la defensa (Ibid.).

2.2. Jurisprudencia Internacional de los Derechos Humanos

A continuación nos referiremos a dos fallos que consideramos relevantes en el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁴: *Doorson vs. Netherlands* (1996)¹⁵; y *Krasniki vs. The Czech Republic* (2006)¹⁶.

2.2.1. Doorson vs. Netherlands (1996)

Este caso por drogas, es el primero en el que la Corte Europea declara que a pesar de la existencia de testigos anónimos, no se violó el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Específicamente respecto a los anonimatos, dispuso que éstos estaban suficientemente justificados en base a dos razones: primero, la experiencia general que indica que los traficantes de drogas frecuentemente recurren a amenazas o violencia real en contra de los testigos que declaran en su contra y, segundo, el hecho que uno de dichos testigos en el pasado había sufrido violencia de parte de un narcotraficante en contra del que había declarado en un procedimiento penal.

Este caso es muy importante pues, más allá de la decisión, construye una doctrina que es luego reafirmada. Sus principales consideraciones:

1º Permite a los jueces *ponderar* los intereses de la defensa con los de protección de los testigos, para decidir admitir en juicio la declaración de testigos anónimos o reservados, en el contexto de la exigencia para los Estados de organizar sus procedimientos penales de modo que los intereses de éstos no sean puestos en peligro¹⁷.

2º Lo determinante no es si existen testigos reservados o anónimos, sino que ante toda dificultad que pueda conocer la defensa como consecuencia de limitaciones a sus derechos, entre los que cabe incluir a testigos reservados o anónimos, ésta debe ser

¹⁴ En el Sistema Interamericano el problema de la reserva no ha sido discutido. Se suele citar, sin embargo, el fallo Castillo Petruzzi, en el que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos resuelve que a los acusados debe concederse la facultad de interrogar y contrainterrogar a los testigos *en las mismas condiciones que al persecutor*, con el objeto de ejercer su defensa. Siendo esto así, se argumenta que rompe dicha *igualdad de armas* que la defensa desconozca la identidad de los testigos, pues *ya no estaría en las mismas condiciones que la fiscalía para contradecir la prueba*¹⁴. Creemos que lo relevante de este fallo para efectos de la institución en análisis únicamente está dado por la preocupación referida a que se respete el derecho a contraexaminar los testigos de cargo, no obstante, de allí no se sigue ninguna conclusión respecto a este tema.

¹⁵ Case of DOORSON v. THE NETHERLANDS (Número de caso 54/1994/501/583. El primer número corresponde a la posición del caso a en la lista de casos remitidos a la Corte en el año pertinente, esto es, 1994. Los dos últimos números indican la posición del caso en la lista de casos remitidos a la Corte desde su creación y en la lista de las demandas con origen en la Comisión). Strasbourg, 20 de febrero de 1996.

¹⁶ Case of KRASNIKI v. THE CZECH REPUBLIC (application 51277/99). Strasbourg, 28 de febrero de 2006.

¹⁷ Párrafo 70: "Es cierto que el artículo 6 no exige explícitamente que los intereses de los testigos y los de las víctimas sean tomados en consideración. Sin embargo, sus vidas, libertad o seguridad pueden estar en juego, según los intereses procedentes generalmente dentro del ámbito del artículo 8 de la Convención. Estos intereses son, en principio, protegidos por otras disposiciones sustantivas de la Convención, lo que implica que los Estados contratantes deben organizar sus procesos penales de manera tal que no sean puestos injustificadamente en peligro. En este contexto, los principios del juicio justo exigen también que, en su caso, los intereses de la defensa se equilibren con las de los testigos y las víctimas llamados a declarar." (traducción propia).

suficientemente compensada en los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales¹⁸.

3º Un juez no puede fundar su decisión de condena, únicamente ni en una medida determinante, en testimonios anónimos¹⁹.

2.2.2. Krasniki vs. The Czech Republic (2006)

En general, este caso reafirma las doctrinas previas de la Corte. Sin embargo enfatiza un aspecto hasta entonces no desarrollado y referido a las características que debe reunir el motivo que habilita la existencia de testigos anónimos.

La Corte Europea al conocer este caso por drogas, advierte que para la reserva se tuvo especial consideración al entorno de los hechos, esto es, traficantes de drogas que con frecuencia recurren al uso de amenazas o violencia real contra los toxicómanos y otras personas que testifican contra ellos, lo que podría hacer temer represalias. Sin embargo, considera que en el procedimiento no existe constancia del modo en que el oficial investigador y luego el juez y Tribunal de Distrito evaluaron la razonabilidad de dicho temor personal del testigo, ni de la seriedad ni fundamentación de las razones para conceder el anonimato de los testigos²⁰. Por lo anterior, la Corte no pudo adquirir convencimiento acerca de si el interés de anonimato de los testigos llegó a ser suficiente para limitar los derechos del acusado. Existe aquí entonces una mayor exigencia de análisis sobre el caso particular y de justificación, no presente en los casos anteriores.

3. Marco Normativo y Lógica Acusatoria

| |
|----------|
| Síntesis |
|----------|

¹⁸ Párrafo 72: "El mantenimiento del anonimato de los testigos... enfrentó a la defensa con dificultades que el proceso penal normalmente no debería presentar. Sin embargo, no ha habido violación (de la Convención)... si se demuestra que las desventajas en las que trabajó la defensa se vieron contrarrestados de manera suficiente por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales..." (traducción propia).

¹⁹ Párrafo 76: "Por último, cabe recordar que aun cuando los procedimientos hayan compensado suficientemente las desventajas al trabajo de la defensa, la condena no debe basarse únicamente ni en una medida determinante en declaraciones anónimas." (traducción propia).

²⁰ Párrafos 81, 82 y 83: "La Corte observa que el agente investigador tuvo al parecer en cuenta la naturaleza del entorno de traficantes de drogas, en el que, como dijo el Estado, frecuentemente, estos recurren a amenazas o al uso de violencia real en contra de adictos y otras personas que testifican en su contra. Así, podrían temer represalias de manos de los traficantes y riesgos de lesiones personales. Sin embargo, no es posible advertir, a partir de los registros tomados durante las entrevistas de los testigos del día 11 de julio de 1997 o de los informes de la prueba... cómo el agente investigador y el juez de primera instancia evaluaron la razonabilidad del temor personal de los testigos... cuando fueron interrogados por la policía o cuando (el testigo anónimo) fue examinado en el juicio.

Tampoco consta que el Tribunal Regional haya realizado tal análisis de seriedad ni tampoco existe fundamentación de las razones para conceder el anonimato a los testigos en la sentencia del Tribunal de Distrito al utilizar las declaraciones de los testigos anónimos como prueba contra el solicitante...

A la luz de estas circunstancias, la Corte no ha podido llegar al convencimiento de que el interés de los testigos de permanecer en el anonimato haya podido justificar a tal punto una limitación de los derechos del solicitante..." (Traducción propia).

Muestra la forma en que la regulación de nuestro CPP ha dado acogida a los intereses de los imputados y de los testigos para tener una idea más clara acerca de los contornos de la institución en nuestro medio. Así identifica a las disposiciones del CPP que inciden en la materia y revisa la lógica adversarial en que éste se inspira.

3.1. Marco Normativo del CPP

El esquema que viéramos en la parte introductoria de este artículo representa el conflicto que en general puede suscitar la cantidad de información que los involucrados desean que la defensa conozca respecto de los testigos de cargo en un caso cualquiera. Como se trata de una cuestión común y para simplificar la resolución del eventual conflicto, el legislador objetivó las necesidades de la defensa en este ámbito, por medio de individualizar un tipo de información mínima respecto de los testigos y que el Ministerio Público debe suministrar a la defensa cada vez que desee llevar a juicio a un imputado.

Lo anterior sucede en el artículo 259 del CPP que establece el deber del Ministerio Público de señalar en la acusación los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio. En particular, su inciso segundo dispone que si "...el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia...". Así el legislador ha dispuesto, que en la medida que el Ministerio Público indique tales datos respecto de las personas que llevara a juicio a declarar, está cumpliendo con las necesidades de información de la defensa en dicho punto.

Ahora bien, si el Ministerio Público estuviese siempre en la necesidad de aportar dicha información a la defensa, lógicamente no cabría la posibilidad en nuestro CPP de la existencia de la institución de testigos reservados.

Al respecto se debe señalar que nuestro CPP no contiene disposiciones que expresamente se ocupen de la reserva. En parte alguna utiliza conceptos como testigos reservados o anónimos, ni ninguna otra nomenclatura similar. Más bien, el artículo 259 sólo contiene una remisión al 307 que no es explícita ni unívoca en su significado, y que además trata en un mismo plano cuestiones que responden a lógicas distintas, esto es, la reserva de identidad como una limitación al derecho de defensa y la reserva de identidad como una limitación a la publicidad del proceso²¹.

²¹ En efecto, el artículo 259 inciso segundo luego de disponer las líneas arriba transcritas, señala que ello es "...salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307...". Sucede que esta última norma es propia de la audiencia de juicio oral y contiene una limitación a su publicidad.

En este sentido, el artículo 307 regula la individualización del testigo al comenzar su declaración dentro del juicio oral. Su inciso primero dispone "*La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.*". Así, si existe motivo para temer que la indicación pública del domicilio (y sólo el domicilio) pudiere acarrearle algún tipo de peligro, el inciso segundo lo que hace es permitir al tribunal que faculte al testigo a omitir tal indicación. En el mismo sentido, si el testigo se ampara en esta facultad, el inciso tercero dispone de sanciones para quienes, de cualquier forma, divulguen la identidad del testigo o de otros antecedentes que pudieren conducir a ella, poniéndose además en la eventualidad que dicha infracción pueda ser cometida por un medio de comunicación social. Como vemos, la norma del inciso segundo del artículo 307 no está pensada en sí misma como una limitación al derecho de defensa del imputado, sino sólo de la publicidad del juicio y referida a un único aspecto y bastante menor, esto es, permitir la omisión del señalamiento público en la audiencia de juicio del domicilio de los testigos.

Surgen aquí varias dudas respecto a cuál es el significado concreto de la remisión que realiza el inciso segundo del artículo 259. ¿Está efectivamente permitiendo la existencia de testigos reservados? ¿Permitiría omitir todos los datos personales de un testigo o sólo su domicilio? ¿Puede afectar también a la defensa o sólo a terceros como una limitación a la publicidad del proceso?

El Ministerio Público ha interpretado que la remisión antedicha del artículo 259, lo es tan solo respecto de la hipótesis central de procedencia de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 307, esto es, *peligro para el testigo u otra persona*²², lo que habilitaría la configuración del instituto de testigos reservados.

De esta forma, la dinámica sería la siguiente:

- El fiscal respectivo durante la investigación puede disponer como medida de protección autónoma, la reserva de un testigo²³, en el caso de considerar que su conocimiento por parte del imputado lo expone a un riesgo. Que sea autónoma alude al hecho de que no requeriría de autorización judicial para su materialización,

²² Esta es una posición que desde muy temprano sostuvo el Ministerio Público. Así ya en el año 2000, el Fiscal Nacional de entonces, Guillermo Piedrabuena, instruyó a los Fiscales Regionales y Adjuntos de todo el país en los siguientes términos: “*De mantenerse la medida prevista en el N° 27 anterior (Reserva de Identidad) hasta la acusación, el fiscal no individualizará al testigo protegido en la lista de testigos, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 259 inciso 2° del Código Procesal Penal.*” (Oficio N° 237-2000, de 12 de diciembre de 2000, que contiene el Instructivo N° 32 sobre testigos de la etapa de investigación y de su protección. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapa.asp?cuerpo=461> [17 de julio de 2010]). Más explícito resulta el instructivo del año siguiente en el que el mismo Fiscal Nacional señala que: “*En cuanto a la lista de testigos, puede darse el caso de aquellos respecto de los cuales exista temor, si se indica su domicilio, que hubiere peligro para el testigo u otra persona, situación a que se refiere el artículo 307 en relación al artículo 259 inc. 2° del C.P.P. En este evento, resulta discutible la posibilidad de mantener en reserva la identidad del testigo en la acusación (...). Sin embargo, en casos realmente graves y justificados, en que el fiscal previera una alta probabilidad de un atentado en contra del testigo... sería plausible sostener la posibilidad de mantener en reserva la identidad del testigo en la acusación (...). Lo anterior en el sentido que el artículo 259 inciso 2° del C.P.P. permite hacer **excepción a la individualización de los testigos** cuando se diere el supuesto del artículo 307 inciso 2°, esto es, que la indicación pública del domicilio implicare peligro para su persona u otra. Por lo tanto, cuando el fiscal adelantare razonablemente ese supuesto, puede hacer excepción a la individualización del testigo y, en consecuencia, mantener bajo reserva el nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia del testigo...*” (Oficio N° 114-2001, de 27 de marzo de 2001, que contiene el Instructivo N° 55 sobre la acusación del fiscal, del querellante y la defensa del acusado. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapa.asp?cuerpo=441> [17 de julio de 2010]). En el mismo sentido, se ha sostenido respecto de la acusación que “*...el espíritu del legislador fue obligar al señalamiento de todos los medios de prueba de que piensa valerse el Fiscal en el juicio oral. Sin embargo tratándose de la prueba de testigos, manifestó su inquietud “respecto de aquellos que se han acogido a un sistema de protección”, haciendo una salvedad en el deber de individualización de los mismos. Atendida esta intención del legislador, es posible interpretar esta norma como una autorización para hacer excepción a la individualización de aquellos testigos que se encuentran bajo protección, cuando se da el supuesto fáctico previsto por el art. 307 inc. 2° CPP, esto es, una situación de peligro para la seguridad del testigo u otra persona.*” Destacado del autor. (ROJAS VALDEBENITO, Sonia; y ROJAS AGUIRRE. Ob cit. p. 194).

²³ Ver por ejemplo Oficio 337-2003 del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, de 11 de julio de 2003, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N° 11 sobre Atención y Protección a las Víctimas en el Código Procesal Penal. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapainter.asp?cuerpo=640>.

sin perjuicio de la posibilidad de la defensa de reclamar ante el Juez de Garantía por la misma argumentando que vulnera el ejercicio de algún derecho del imputado.

- Posteriormente, el fiscal puede decidir mantener la reserva en su acusación conforme a la remisión vista del artículo 259 al 307, omitiendo en ésta la totalidad de los datos personales del testigo. Sin embargo, tal información es entregada al Juez de Garantía respectivo en un sobre cerrado para permitir la citación del testigo²⁴.
- Luego, el Juez de Garantía, a instancias de la defensa, en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, puede controlar que se cumplió el estándar de peligro referido en el inciso segundo del artículo 307 del CPP.
- Finalmente, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal debe mantener la reserva en tanto ya fue así admitido el testimonio, sin perjuicio de las amplias facultades de las que dispone para ello según lo dispuesto en el artículo 308.

El Ministerio Público suele argumentar además que dicha postura se ve corroborada si se realiza una interpretación armónica y sistemática de los artículos 259, 307 y 308 del CPP con el deber constitucional de protección del Ministerio Público respecto a las víctimas y testigos (artículo 83 de la Constitución Política de la República), deber que es luego reiterado en su Ley Orgánica Constitucional (artículo 1 de la Ley N° 19.640) y en los artículos 6 y 78 del CPP²⁵.

Sin embargo, discrepamos del anterior razonamiento. Si bien, parece acertada en principio la idea de que la remisión ya vista tiene por propósito omitir cierta información del testigo de cargo, la más importante objeción radica en que el estándar contenido en el inciso 2° del artículo 307 es demasiado ambiguo e insuficiente para una materia tan relevante como para intentar aplicarlo sin más.

Lo anterior puede ser reconducido a tres ideas básicas:

- La sola “existencia de peligro para el testigo u otras personas” no es capaz de transmitir el carácter absolutamente excepcional que esta herramienta debe tener, considerando los riesgos que implica (posibilidad de dejar al imputado en indefensión y posibilidad de incurrir en un error judicial al verse mermada la calidad de la información producida en juicio).
- El estándar no entrega elementos para determinar qué tipo de peligros y qué circunstancias habilitan a conceder la reserva.

²⁴ Ver Oficio 246-2004, del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, de 27 de mayo de 2004, sobre “La Reserva de Identidad como Medida de Protección de los Testigos”, que tiene por propósito complementar y sistematizar el ya citado Oficio N° 32-2000 en la materia. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapainter.asp?cuerpo=641> . Allí expresamente se señala: “La reserva de identidad puede mantenerse hasta la audiencia de preparación del juicio oral e incluso en el juicio oral mismo. En ese evento, la Fiscalía puede omitir los datos personales del testigo en la acusación y acompañar un sobre cerrado con éstos, para efectos de la citación judicial. En la medida que la defensa mantiene vigente su derecho a presentar testigos de descargo y puede interrogar al testigo protegido en el juicio, no se ve afectado con ello el derecho de defensa.”.

²⁵ Ver Oficios del Fiscal Nacional ya citados.

- Se trata de un estándar unidimensional toda vez que sólo se ocupa de la situación del testigo respectivo y en nada de los demás intereses en juego ya revisados. En otros términos, no da cuenta de la complejidad que reviste esta institución.

Es del todo lógico que lo anterior sea así. El artículo 307, no requiere realizar demasiados esfuerzos por reforzar la excepcionalidad de la medida que contempla, pues solo se refiere a una limitación bastante menor a la publicidad del juicio (y no al ejercicio del derecho a defensa). Dada esa misma menor entidad o importancia de la limitación, tampoco presenta interés por determinar con exactitud el tipo de peligro requerido para su procedencia. Todo ello lleva a que dicha excepción a la publicidad del juicio se utilice recurrentemente en nuestros tribunales sin que plantee mayores cuestionamientos o problemas: si los tribunales estiman que la indicación pública del domicilio de un testigo, puede implicar algún tipo de riesgo o peligro para él u otra persona, tenderán a dar por satisfecho el estándar con relativa facilidad y laxitud. Sin embargo, nada de ello se condice con la especial situación de la reserva que, como vimos en el “Esquema 1”, presenta una estructura extremadamente más compleja en la que concurren distintos sujetos con intereses contrapuestos y en donde optar por el resguardo de alguno de éstos puede acarrear a su vez problemas respecto de la satisfacción de otros valores también dignos de protección.

El estándar del artículo 307 supone en sí mismo el conocimiento de la identidad de los testigos por parte de la defensa y nada tiene que ver con el carácter contradictorio del proceso. A esa altura (el juicio oral), la defensa ya conoce sus identidades (y bastante más), pues así estaría garantizado por varias normas del CPP, en especial las del artículo 259 que regula la acusación. De ahí su total indiferencia por compatibilizar los distintos intereses en juego: no es que no sea importante, sino innecesario.

Por otra parte, la remisión resulta problemática también al admitir sentidos diversos²⁶. Ante esta poca claridad en cuanto a su alcance, resulta adecuado revisar esta normativa conforme a la lógica adversarial que informa nuestro sistema de justicia penal²⁷.

²⁶ Así, por ejemplo, podría sostenerse que dicha remisión no resulta suficiente para conceder un permiso al Ministerio Público para impedir que la defensa conozca datos básicos de la identidad del testigo. La frase final del artículo 307 apoyaría esta afirmación al disponer que las normas que determinan los datos personales que los testigos deben declarar al inicio de su testimonio, lo son “*sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales*”. Recordemos que este artículo establece que todo testigo debe comenzar por señalar sus nombres y apellidos así como su edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio (bastante más que lo que se exige en el escrito de acusación). Luego, reconoce como única excepción que el testigo pueda omitir su domicilio en caso que ello pudiera acarrearle algún peligro. Ahora, si todo ello es “*sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales*”, podemos entender que la única manera en que nuestro CPP permitiría a un testigo no señalar esos otros datos personales distintos de su solo domicilio es por medio de una ley especial que así lo establezca. Así carecería de sentido que el Ministerio Público pueda impedir el conocimiento de la identidad de los testigos, por medio de omitir sus datos en la acusación si de todas formas, éstos deberán indicarlos públicamente en la audiencia de juicio. En tal sentido: VILLA VEGA, Diego. Reserva Judicial de Identidad en delitos comunes. Comentario a Fallo de recurso de nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9. En: Boletín del Ministerio Público N° 18. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2018.pdf> [18 de julio de 2010]. En dicho comentario el autor sostiene que conforme a lo dispuesto en el artículo 307, el CPP excluye la posibilidad de que existan testigos reservados, a menos que una ley expresamente así lo disponga. Sin perjuicio de lo anterior, el autor afirma además que, aun cuando reconoce que es debatible, en casos de

3.2. Lógica Adversarial

Una lectura formalista de las normas que rigen la etapa intermedia en nuestro CPP nos lleva muchas veces a conclusiones superficiales o equivocadas. Una respuesta adecuada a nuestro problema pasa necesariamente por un análisis de los objetivos de esta etapa. El punto de partida fundamental, como ya se ha indicado, es el deber del Ministerio Público de individualizar en una lista junto a la acusación los testigos de los que se valdrá en juicio. Cabe preguntarse entonces cuál es el sentido de dicha norma.

No obstante su importancia, en general no ha existido mayor preocupación de parte de nuestra doctrina sobre el punto. Así, por ejemplo, se ha dicho que la finalidad de todo ello es que los testigos puedan ser citados por el tribunal para que su comparecencia al juicio oral²⁸. Es cierto que ello permite o facilita su citación, pero pasa por alto su verdadera trascendencia.

Recordemos que junto con los nombres, apellidos, profesión y domicilio o residencia de los testigos, la lista que prescribe el artículo 259 del CPP debe señalar además los “*puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones*”. Una lectura adversarial de dicha norma nos debe llevar a concluir que se trata de una exigencia de *descubrimiento*, esto es, el deber que tienen las partes (en este caso el Ministerio Público) de mostrar, anunciar (descubrir) a

peligro grave para la vida o integridad física de los testigos, la reserva de identidad podría encontrarse justificada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y siempre que se respeten los principios de necesidad y proporcionalidad.

²⁷ La historia oficial del establecimiento del CPP también es útil para intentar comprender de mejor forma el significado de la remisión y para apoyar nuestras conclusiones. Un análisis de la misma puede consultarse en mi tesis de grado para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales ya citada al comienzo de este artículo. Sin perjuicio de lo anterior, baste aquí señalar que el Proyecto Original de CPP que el Ejecutivo envió al Congreso no contenía remisión alguna como la del actual artículo 259 que permitiese al Ministerio Público omitir datos personales de testigos en la acusación, por lo que los imputados siempre podían, al menos desde la acusación, conocer su identidad. Sin embargo, dentro de las normas de juicio oral, existían dos posibles excepciones a su publicidad contenidas en lo que sería el actual artículo 307: (1) la omisión de la indicación pública de su domicilio (al igual que el actual CPP); y (2) la omisión de todo dato relativo a sus antecedentes personales. Tales limitaciones a la publicidad del juicio oral tenían supuestos distintos de procedencia (siendo más exigente el de la segunda) y a la vez tenían una metodología concreta de resolución. Esta última excepción y la metodología de resolución fueron suprimidas en la tramitación del proyecto con el propósito principal de mejorar la situación del imputado que podría verse impedido de confrontar ámbitos relevantes en su contraexamen. No obstante, con posterioridad, se incluyó en el artículo que regulaba el contenido de la acusación, la actual remisión al artículo 307, para dejar a salvo la situación de testigos que pudieran estar amparados en algún sistema de protección. Con todo, la historia de la ley no es clara en indicar el contenido y alcance de la misma. Sin perjuicio de esto, sí es posible extraer importantes consideraciones, especialmente, la preocupación constante del legislador por la situación del acusado y su derecho de defensa. La remisión se realizó a la única limitación expresa a la publicidad de la declaración de los testigos en el juicio oral que quedaba en el texto del proyecto. Por tanto, la intención original del legislador de mejorar la situación del imputado por medio de tal supresión, en este ámbito le significó un retroceso, pues la remisión se realizó a un estándar mucho menos exigente y sin referirse a una metodología para resolver. En suma, el análisis de la historia de la ley nos ayuda a comprender que es necesario reconstruir (sea por medio de la técnica interpretativa o, deseablemente, a través de una reforma legal) un estándar que sea adecuado para la materia y a desarrollar una metodología precisa para que nuestros jueces puedan alcanzar la decisión más adecuada en cada caso concreto, lo que ciertamente pasa por considerar correctamente la complejidad del problema.

²⁸ CAROCCA, Álex. EL Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Santiago de Chile: LexisNexis, 2008. p. 194.

las contrarias la prueba con que intentarán sostener sus versiones. El sentido de ello es claro. Busca dar vigencia al carácter adversarial del proceso, lo que mirado desde el punto de vista del imputado, forma parte de las condiciones que el proceso debe reunir para respetar su derecho a defensa, más específicamente, respetar su derecho a disponer de la oportunidad de realizar un contraexamen efectivo. Sólo en la medida en que el imputado conozca la prueba de la que dispone el Ministerio Público y que será usada en su contra en el juicio, es que éste junto a su abogado defensor podrán llegar preparados al mismo para contraexaminar la información que aquél introducirá.

El descubrimiento no sólo se justifica en interés del imputado en cuanto sujeto de derechos, sino también por las necesidades del sistema en su conjunto de confiar en que la información con arreglo a la cual se decidirá la responsabilidad penal de las personas es de buena calidad. Si la información que introduce la prueba de cargo es sometida a cuestionamiento por la defensa, entonces, aquella porción que logre resistir dicho *test de calidad* representado concretamente por el contraexamen de la defensa, se tratará de una información en la que podemos depositar nuestra confianza para adoptar una decisión²⁹. Por lo demás, dicho objetivo de asegurar condiciones para el resguardo de la debida contradicción respecto de la prueba en juicio (*descubrimiento*) está presente en muchas otras normas del CPP³⁰. Sin embargo, la ley jamás aludió explícitamente al “*descubrimiento*”³¹. Quizás por lo mismo esta institución no ha sido desarrollada en toda su magnitud por nuestra doctrina³².

²⁹ Así, por ejemplo se ha dicho que “Una condición necesaria para hacer efectiva la contradictoriedad en el juicio consiste en que cada una de las partes, en algún momento anterior al juicio, debe mostrar a la otra qué es lo que tiene para sustentar su caso, avisando a la contraparte cuáles son los medios de prueba específicos o la información con la que intentará hacer prevalecer su pretensión. Se dice incluso, para graficarlo con una imagen común, que las partes deben mostrar sus cartas, como en el póquer. Esta actividad es la que se denomina descubrimiento o discovery en el derecho anglosajón (...) Pero el descubrimiento no solo cumple una función respecto del debido proceso sino que también, y estrechamente ligado a lo anterior, cumple una función respecto del control de la calidad de la información que cada parte presentará en el juicio para que el tribunal resuelva el conflicto teniendo información de buena calidad... Así, la posibilidad de que la contraparte pueda conocer los medios de prueba antes del juicio le permitirá preparar la confrontación de la información entregada por ese medio de prueba (control de la calidad).” (DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; y RIEGO, Cristián. Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información. En: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina. Santiago de Chile: 2008. pp. 52 y 53).

³⁰ El mismo artículo 259 prescribe además que en caso de que el Ministerio Público solicite la comparecencia de algún perito, debe indicar sus títulos o calidades. Su inciso segundo exige además que el Ministerio Público en el mismo escrito o lista de testigos individualice “... de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.”. Esto que está regulado en términos de admisibilidad de la prueba pericial, constituye un elemento muy fuerte para que la defensa pueda preparar adecuadamente su contraexamen. Dicho propósito se ve además cautelado por la exigencia de que el Ministerio Público entregue en la audiencia de preparación de juicio oral una copia del informe pericial mismo y comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito. Podemos citar también como normas de descubrimiento el deber del Ministerio Público y la Policía de registrar las actuaciones del procedimiento (A los artículos 227, 228 y 182, cabe agregar otras disposiciones, como las de los artículos 83, 90, 97, 174, 187, 216 y 223). Lo anterior debe ser analizado a la luz del derecho de la defensa de conocer los antecedentes de la investigación y obtener copia de los mismos (artículos 93, inciso 2°, letra e) y 182), junto con el deber del Ministerio Público de entregar a la defensa los antecedentes de la investigación, previo a la audiencia intermedia (artículo 260).

³¹ Con todo, existe un argumento derivado de la historia oficial del establecimiento del Código Procesal Penal que permite advertir claramente que el descubrimiento y la satisfacción de sus objetivos fue algo

Al interior del Ministerio Público se ha sostenido que la reserva de identidad no constituiría un problema que implique una vulneración del debido proceso para los acusados, toda vez que, a pesar de su concurrencia, igualmente se permitiría a los defensores desarrollar sus contraexámenes y cuestionar la credibilidad de los testimonios. Conforme a dicha postura, *el derecho a defensa no se vería desconocido en su esencia*³³.

Dicho razonamiento presenta dos problemas: uno más bien metodológico y otro de fondo:

- Metodológico pues no resulta adecuado realizar una afirmación como aquella en abstracto. Si una limitación al contraexamen implica una vulneración al debido proceso de un perseguido penalmente, debe ser siempre analizado en concreto, es decir, en razón de los hechos específicos del caso, de sus circunstancias y, en definitiva, de las teorías del caso en juego.
- De fondo, porque en un sistema de libertad probatoria y de sana crítica, la evaluación de la credibilidad de los testigos (y de la prueba en general), adquiere un

expresamente buscado por nuestro legislador y lo hace precisamente a propósito de la regulación del contenido de la acusación. En efecto, en el Primer Informe de Constitución de la Cámara de Diputados se señala que los requisitos de la acusación son “...*la individualización del imputado y su defensor; la relación del hecho atribuido y su calificación jurídica; la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; la participación atribuida al imputado; la expresión de los preceptos legales aplicables; el señalamiento de los medios de prueba; la pena que se solicitare y, en su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo con el procedimiento abreviado*”. Acto seguido agrega: “*Sobre la posibilidad de que el fiscal oculte algún medio de prueba, se señaló que ello era no sólo imposible sino que inaceptable. En el sistema norteamericano, la audiencia preliminar se llama “discovery”, o sea, “mostrarse las cartas”. La única posibilidad de que se dé la situación descrita es cuando el fiscal, o el juez, se entera de la existencia de testigos durante el juicio, lo cual tampoco puede ocultar. Se aprobó en los términos propuestos.*” (Historia de la Ley 19.696, Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. p. 368. Disponible en World Wide Web: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf> [18 de julio de 2010]).

³² El profesor Raúl Tavolari Oliveros sí reconoce que al menos los objetivos del *discovery* se encuentran suficientemente cautelados en el CPP por medio de múltiples normas. Indica que dos serían sus finalidades fundamentales: evitar la producción de prueba sorpresiva y colaborar con la defensa por vía de darle a conocer pruebas que pueda utilizar a su favor. Afirma que la idea de evitar la sorpresa probatoria “...*se cautela a través del debate sobre procedencia de la prueba, que se verificará en la audiencia de preparación de juicio oral, conclusión que se reafirma con la exigencia impuesta al escrito de acusación, por el penúltimo inciso del artículo 259 del Código, con arreglo a la cual, junto a la individualización de los testigos, habrán de precisarse los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones*”. De este modo no sólo se conoce, anticipadamente, la identidad y calidades de tales testigos, sino además las materias a las que se referirán sus declaraciones, cuestiones todas que, además de constituir potenciales motivos de oposición a la declaración, en los términos del art. 272, representan valiosas pautas para preparar el contraexamen de rigor.” (TAVOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 94).

³³ ROJAS VALDEBENITO, Sonia; y ROJAS AGUIRRE, Luis. La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal. En: MINISTERIO PÚBLICO, DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes, 2003. p. 201. Este razonamiento parte de la premisa del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, según el cual la ley puede limitar el ejercicio de los derechos, pero sin afectarlos en su esencia. Así, se piensa que lo esencial del derecho a contrainterrogar testigos está dado por los *hechos* que ellos vieron o conocen y que constituye la razón por la que fueron llamados a declarar, esto es, aquellos hechos que sirven para apoyar la acusación. Además se señala que aun tratándose de cuestiones de credibilidad, estaría a salvo la facultad de cuestionar el testimonio por razones de coherencia, sea interna o externa.

valor protagónico, que no puede ser entendido *a priori* como de una importancia menor o supeditada³⁴.

El sistema adoptado por el CPP supone que entre la audiencia de preparación de juicio oral y el juicio oral mismo, las partes puedan preparar adecuadamente sus teorías del caso. Esta preparación se realiza de un modo muy concreto, pues ya se tiene certeza de cuáles son las versiones que ellas irán a defender en el juicio y con un cierto detalle acerca de qué hechos concretos serán intentados probar con cuáles pruebas. Esto puede apreciarse por ejemplo en la exigencia de que el juicio oral se realice en *no antes de quince días...* desde la notificación del Auto de Apertura del Juicio Oral³⁵. Este límite temporal inferior (no antes de quince días) supone la necesidad de un período mínimo para que las partes puedan preparar su trabajo. Dicho tiempo no sólo constituye un momento para estudiar el caso, sino también, uno muy importante para el objeto de este estudio, para *investigar* a los testigos. A esta misma idea aludía el caso *Smith vs. Illinois* ya visto.

Muchas veces con una concepción en extremo lineal y ritualista, se cree que la investigación finaliza cuando el Ministerio Público *cierra la investigación*, previo a la acusación³⁶. No obstante, a partir de la audiencia de preparación de juicio oral comienza una etapa muy importante de averiguación destinada principalmente a realizar el contraexamen más efectivo posible de los testigos. De lo contrario, ¿qué sentido tendría que se entreguen los informes periciales y comprobantes para acreditar la idoneidad profesional del perito en dicha audiencia? Tratándose de los testigos, podemos ver entonces que conocer su identidad pasa a ser un primer aspecto fundamental³⁷. ¿Cómo averiguar qué intereses concretos puede tener en el caso? ¿Cómo saber qué relación tiene con las partes? ¿Cómo saber si sufre alguna enfermedad o condición especial que limita su percepción de los hechos y que quizás ocultó en sus declaraciones previas? En este sentido es que se limita la facultad de conainterrogar. El perjuicio se produce *no porque no conozco el nombre de quien declara en mi contra, sino porque cierra la puerta a la posibilidad de averiguar aspectos que me permiten cuestionar su credibilidad*.

Esta misma idea dota de sentido, por ejemplo, a las normas de *prueba sobre prueba* (artículo 336 inciso segundo). Si en un juicio oral estoy conainterrogando a un testigo, que

³⁴ En dicho error incurre la Corte de Apelaciones de Antofagasta en sentencia de fecha 13 de octubre de 2002, recaída en un recurso de nulidad respecto de la sentencia definitiva RIT 323-2003. La Corte sostiene que 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*. Conforme al criterio de la Corte *un testigo debe declarar acerca de toda y cada una de las circunstancias que digan relación con los hechos investigados, pero tiene el pleno derecho de omitir cualquier dato que pudiese 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*.

³⁵ Artículo 281 del CPP.

³⁶ Artículo 248 del CPP.

³⁷ La Corte Suprema comprende el problema de la investigación cuando afirma que el derecho de defensa del imputado incluye tener la oportunidad y tiempo suficiente para la debida preparación en la conainterrogación a los testigos del querellante (delito de acción privada), lo que se traduce en conocer con anticipación su identidad para poder prever las preguntas que le formulará en el juicio (Considerando Quinto, Corte Suprema. 13/07/2005, 2345-2005).

yo no sé quién es y no sé si tiene una determinada enfermedad que limita su visión a larga distancia (supongamos que eso es relevante para el caso), no tiene ningún sentido que yo le pregunte si padece de alguna enfermedad, primero, pues sabemos por técnicas de litigación que no se deben realizar preguntas cuyas respuestas no conocemos³⁸ y, segundo, porque ¿qué hacemos si nos responde que no? Las normas de prueba sobre prueba adquieren real relevancia si se usan en un contexto en que yo tengo información de respaldo en el contraexamen del testigo. Lo anterior, sólo es posible si he podido averiguar sobre éste, cuyo primer requisito consiste, como se dijo, en conocer su identidad.

La idea anteriormente defendida no es nueva en nuestro medio. Esto se ha incorporado tanto por la doctrina³⁹ como por la jurisprudencia⁴⁰. Si por cualquier motivo, la defensa no conocía la identidad de los testigos antes de la etapa intermedia, a partir de ésta deberá investigar acerca de los mismos si desea estar en condiciones de ejercer adecuadamente su derecho a contraexaminar. Por tanto, si no accede a la identidad de los mismos, es probable que en el juicio oral sólo exista una *apariencia de contraexamen*, pero que no logre satisfacer sus objetivos. Es el riesgo que se debe procurar evitar.

³⁸ BAYTELMAN, Andrés; y DUCE, Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Santiago de Chile: Editorial Universidad Diego Portales, 2004. p. 194 y 195. BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; y ROJAS, Hugo. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Santiago de Chile: Legal Publishing. 2005. p. 212 y 213. VIAL CAMPOS, Pelayo. Técnicas y Fundamentos del Contraexamen en el Proceso Penal Chileno. Santiago de Chile: Librotecnia, 2007. p. 147.

³⁹ Así se ha afirmado que para hacer un contraexamen efectivo, “...el abogado tiene que haber hecho su trabajo de investigación antes del juicio...” (BAYTELMAN, Andrés; y DUCE, Mauricio. Ibid.); que la especificación de los puntos de prueba en la acusación y contestación (a lo que cabe agregar según se ha dicho los datos que individualizan a los testigos), permite a las partes “...preparar con un mayor grado de certeza sus exámenes y contraexámenes, y formular objeciones...” (BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; y ROJAS, Hugo. Ob. Cit. p. 113) y que la investigación de la defensa “...debe lograr explicar por qué cada uno de los testigos declara lo que ha declarado, si tiene alguna motivación para modificar la realidad o impedimento que hagan imprecisas sus declaraciones...” (VIAL CAMPOS, Pelayo. Ob. Cit. p. 52).

⁴⁰ Nuestros tribunales también han comprendido la necesidad y utilidad de conocer la prueba de la contraria y tener la oportunidad de preparar el respectivo contraexamen durante el tiempo que media entre la audiencia de preparación de juicio oral y la audiencia de juicio oral. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Copiapó conociendo de un recurso de apelación deducido por el Ministerio Público en causa ROL 83-2008, con fecha 23 de abril de 2008, declaró que “...si la oportunidad para presentar el informe pericial escrito es en la audiencia de preparación de juicio oral, ninguna garantía puede verse vulnerada si él se incorpora incluso antes de la acusación, toda vez que la defensa tiene el tiempo suficiente para preparar el contraexamen y para producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito...”. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, por su parte, expresamente reconoce la utilidad del tiempo entre la audiencia de preparación de juicio oral y la audiencia de juicio oral en la sentencia de fecha 12 de julio de 2007, recaída en la causa ROL 142-2007. Allí la Corte declara “...en parte alguna la nueva ley procesal penal ha establecido perentoriamente que los testigos, previamente a declarar en el juicio oral, deban haberlo hecho por escrito ante el Fiscal durante la etapa de investigación, sin que tampoco pueda aceptarse que en la situación planteada se perjudique sensiblemente el derecho a la defensa del imputado y se infrinja a su respecto tal garantía constitucional, al ser incuestionable que el defensor penal va a tener el tiempo suficiente para estudiar su defensa en relación a los testigos que se encuentren en esas circunstancias, en el lapso que transcurra entre el auto de apertura del juicio oral debidamente notificado y la audiencia del juicio oral contemplada en el artículo 281 del Código Procesal Penal, audiencia en la que va a poder interrogar a esos testigos para los fines de su defensa, conforme a los artículos 329 y 330 del Código del ramo”.

Pareciera, a simple vista, que el CPP restringe el debate sobre evidencia a otras cuestiones como pertinencia o prueba ilícita. Lo cierto es que una correcta interpretación de dicha audiencia a la luz de la lógica adversarial, nos permite afirmar que este es el escenario adecuado para que la defensa (y fiscalía) alegue sobre la falta (o suficiencia) de descubrimiento acerca de una prueba. Así es perfectamente admisible que la defensa plantee que el Ministerio Público no ha cumplido con el estándar de descubrimiento exigido por el artículo 259 del CPP, esto es, la individualización de los testigos con los datos que allí se exigen, la determinación precisa de los *hechos o puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones*, la individualización de los peritos, el señalamiento de sus títulos o calidades o que tratándose de otras pruebas como documentos, no se ha cumplido suficientemente con la letra f) del artículo 259 en cuanto al *señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público piensa valerse*.

De dicha manera, un medio de prueba que no haya sido suficientemente descubierto⁴¹, puede ser no admitido a juicio. Sin embargo, no se trata de un supuesto de exclusión probatoria, sino que lógicamente de un paso previo. No es que dicho medio probatorio deba ser *excluido de juicio por impertinencia, por intentar probar hechos públicos o notorios, por tener propósitos puramente dilatorios o ser sobreabundante, por provenir de diligencias declaradas nulas u obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*⁴², pues siquiera se han cumplido los mínimos indispensables para que dicha eventual discusión de exclusión pueda darse. Es por ello que el descubrimiento trata de problemas de *inclusión probatoria* y no de *exclusión probatoria*.

En tales casos de falta de descubrimiento, no se trata de un simple incidente para intentar subsanar un *vicio formal de la acusación* de los que alude el artículo 270 del CPP⁴³, pues implica discutir acerca de una *cuestión de fondo*, esto es, de las posibilidades de ejercer

⁴¹ Por el objeto de este artículo únicamente nos hemos centrado en los deberes de descubrimiento del Ministerio Público a favor del imputado. Sin embargo, éste también tiene a su turno deberes de descubrimiento a favor de la persecución. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 263 del CPP, estos se circunscriben a la etapa intermedia. Dichos deberes, demuestran que el descubrimiento ha sido instituido no sólo en interés del imputado y su derecho a defensa sino que además a favor de necesidades sistémicas de contar con información de calidad al interior del juicio que permita también, por así decirlo, *establecer la responsabilidad de los culpables e identificar a los mentirosos*.

⁴² Artículo 276 del CPP.

⁴³ En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Concepción en Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2008 recaída en causa ROL 491-2008, sobre recurso de hecho. Allí sostiene la Corte que la falta de individualización de testigos en la acusación del Ministerio Público no constituye un vicio formal de la misma. Lo anterior trajo como consecuencia revocar la decisión del Juzgado de Garantía en orden a excluir como interviniente del proceso al Ministerio Público por no haber subsanado el supuesto vicio. Sin embargo, discrepamos del razonamiento expresado por la Corte para admitir la reserva de identidad, el cual, como se ha dicho se basa en interpretación más bien formal de la ley en el sentido que ya se ha descrito antes.

Este caso tuvo gran repercusión mediática pues trató sobre un ataque que recibió un periodista de parte de un grupo de comuneros mapuches. Mayor connotación alcanzó luego de la decisión del Juzgado de Garantía de Cañete de “sacar” a la Fiscalía del caso por no haber salvado cuestiones formales de la acusación a raíz precisamente de no haber individualizado dos testigos, por estar gozando de protección especial de identidad. Con posterioridad la Corte de Apelaciones enmendó la decisión. Véase prensa: La Tercera: http://www.latercera.cl/contenido/25_71243_9.shtml [2 de junio de 2010] y El Mercurio <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={90b05d03-07a1-4af6-ac9f-411f5b703aa1}> [2 de junio de 2010].

adecuadamente el derecho de defensa y de las necesidades de contar con información de calidad en el juicio. Es por lo anterior que el estándar concreto para analizar la suficiencia del descubrimiento de la prueba de cargo consiste en si acaso los datos aportados acerca de la prueba son suficientes para asegurar la posibilidad a la defensa de preparar adecuadamente su contraexamen⁴⁴.

Es por todo lo anterior que el problema de la reserva de identidad debe ser discutido y resuelto en el marco de la audiencia de preparación de juicio oral y conforme a un análisis de las necesidades de descubrimiento del caso concreto. Esta audiencia es reconocida como aquella en la que se produce el debate entre las partes respecto de la prueba que podrán llevar a juicio. Asimismo se reconoce en ésta una instancia depuradora que permita el desarrollo normal y fluido del juicio. Agreguemos además que aun cuando no se llegara a reconocer la idoneidad propia de esta audiencia para conocer de este tipo de problemas, la defensa siempre estará en condiciones de solicitar una cautela de garantías conforme al artículo 10 del CPP una vez que se le notifique una acusación fiscal que omita la individualización de uno o más testigos, aduciendo que ello implica una vulneración al ejercicio del derecho a defensa por impedir al imputado y a su abogado defensor preparar adecuadamente su contraexamen en juicio. Lo anterior obligaría al Juez de Garantía respectivo a analizar el problema bajo dicho prisma, más concretamente, de la suficiencia de los datos aportados por la persecución para asegurar en el caso el derecho a contradecir la evidencia de cargo. No tiene sentido formalizar el problema y exigir a los defensores que actúen vía artículo 10 del CPP si esta audiencia de preparación de juicio oral, es *la audiencia de discusión sobre prueba* y que además necesariamente habrá de ser celebrada.

4. Estatuto de la Reserva de Identidad en el CPP

Síntesis

Propone un estatuto sobre reserva de identidad de testigos de cargo que resulte acorde con la tensión de intereses que hay detrás de la misma y, en especial, con las exigencias que el proceso debe reunir para satisfacer el derecho de defensa de los imputados y las necesidades de información de calidad.

4.1. Contenido del Estatuto

A continuación, por separado, las principales consideraciones respecto del contenido específico que debe presentar el estatuto de la reserva de identidad.

4.1.1. Acerca del riesgo

Como ya señalamos, la norma del artículo 307 inciso 2º del CPP (*motivo para temer un riesgo para el testigo u otra persona*) es del todo insuficiente e inaplicable. En tal contexto, resulta adecuado recurrir al enunciado normativo de *casos graves y calificados* del artículo 308 del CPP para autorizar medidas especiales de protección a favor de los testigos al

⁴⁴ En este sentido, se ha afirmado por ejemplo que “*Para que esta función de descubrimiento pueda ser cumplida debe existir un estándar legal mínimo que asegure cuánta información debe entregar la parte que presenta la prueba, para que la otra pueda razonablemente preparar su confrontación. Este estándar debe fijarse considerando su objetivo (preparación de la confrontación) y debe obligar entonces a entregar información suficiente y necesaria para ello.*” (DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; y RIEGO, Cristián. Ob cit. p. 54. El destacado es nuestro).

interior del juicio oral. Dicha exigencia de *casos graves y calificados*, en el Proyecto Original de CPP estaba referida únicamente para *otras medidas distintas a la reserva de identidad*. Sin embargo, al haber sido la reserva excluida en la tramitación de la ley, resulta adecuado ahora extender dichas exigencias a la admisibilidad de la reserva⁴⁵.

Dicho riesgo debe estar respaldado en antecedentes determinados. Surge entonces la duda de si basta una alusión genérica del tipo “*es frecuente que en este tipo de casos los testigos se vean expuestos a represalias o amenazas*”. En nuestra opinión no es del todo indispensable para la procedencia de la reserva que existan, por ejemplo, amenazas o intentos de agresiones. Sin embargo, sí resulta ineludible la existencia de una verdadera reflexión acerca de su necesidad y conforme a las circunstancias concretas del caso para evitar automatismos tales como si *en todos los homicidios por sicariato fuera dicha medida necesaria* (por decir un ejemplo).

Stefan Trechsel, recurriendo a un argumento por analogía referido a la dimensión subjetiva de la imparcialidad de los tribunales, sostiene que el elemento esencial en la materia es que los miedos o aprehensiones sufridos por los testigos estén basados en hechos objetivos⁴⁶. En un sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos exige que el órgano judicial al admitir la declaración de un testigo reservado debe justificar la *razonabilidad del temor del testigo y de la seriedad y fundamentación de las razones para conceder el anonimato* (*Krasniki vs. The Czech Republic*).

Con el objeto de destacar que la medida debe estar respaldada en antecedentes precisos, parafraseando el enunciado normativo del artículo 140, letra c) del CPP, podemos exigir la *existencia de antecedentes calificados que hagan a la reserva de identidad indispensable para el resguardo de la vida o integridad física del testigo u otra persona relacionada por parentesco o afecto*. Dicho enunciado además resulta aplicable pues aun en ausencia de una condena, privar de la libertad de movimiento a una persona dentro del proceso. Se trata, por ende, de una disposición *por esencia excepcional* y que está dirigida a una restricción de un derecho del imputado. Obviamente, la prisión preventiva implica para el imputado la máxima restricción a sus derechos que puede sufrir al interior del proceso. Sin embargo, la importancia de la afectación que puede llegar a significarle la reserva de identidad en el momento más trascendental del proceso y en donde en definitiva se decidirá acerca de su responsabilidad en los hechos imputados, esto es, el juicio, aconseja emplear un estándar lo más elevado posible. Asimismo, este estándar resulta conocido por parte de los operadores, manifestando claramente la relación entre el trabajo argumentativo de las partes y la necesidad que éste se encuentre suficientemente respaldado en antecedentes concretos⁴⁷.

⁴⁵ Esto es también consistente con la regulación que la legislación especial ha realizado en la materia (Narcotráfico, Terrorismo y Lavado de Activos). Tales disposiciones son útiles además, entre otras disposiciones relevantes, para comprender que los únicos bienes jurídicos dignos de protección son la vida y la integridad física. Un análisis de la misma puede consultarse en mi tesis de grado para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal ya citada al comienzo de este artículo.

⁴⁶ TRECHSEL, Stefan. Ob. Cit. p. 319.

⁴⁷ Podría objetarse acudir a dicho enunciado, por no consistir, en la práctica, un estándar muy elevado, por cuanto, *cualquier caso de una relativa gravedad, satisface los estándares de la prisión preventiva*. Aun cuando dicha afirmación requeriría de un tratamiento bastante más extenso para comprobar si es acertada o no, en esta materia, conviene realizar dos aclaraciones: (1) no se propone acudir a dicho estándar para

4.1.2. Deberes compensatorios de descubrimiento

Como la preocupación principal es determinar el *nivel de descubrimiento* que el caso concreto amerita, esto podría llevar al surgimiento de otros deberes de descubrimiento para la persecución a fin de resguardar el efectivo ejercicio del derecho a defensa.

Puede existir información mínima que la fiscalía podría verse obligada a suministrar a la defensa, como por ejemplo, si el testigo en cuestión, tiene antecedentes penales, si ha intervenido en otros casos en alguna calidad, si presenta algún antecedente médico relevante, etc., todo bajo el control del Juez de Garantía. Esto resulta plenamente compatible, según ya vimos con las exigencias de descubrimiento de la American Bar Association⁴⁸.

Otra cuestión sobre la que cabe pensar es que la defensa, en casos calificados, pueda acceder directamente al testigo reservado para plantear sus dudas respecto a su declaración ante el Juez de Garantía. Aludimos aquí a un acceso directo, inmediato y sin las formalidades propias de un juicio, en el que la defensa pueda interrogar al testigo y así mejorar el nivel de conocimiento que tiene respecto a su futura declaración en juicio (aun cuando no sepa su identidad y se tomen resguardos para evitar su reconocimiento).

Lo normal es que la defensa no haya tenido contacto con el testigo que se intenta proteger su identidad. Esta herramienta permitiría inquirir acerca de información confusa o ausente en las actas de la investigación, con el objeto de diseñar de mejor forma su propia teoría del caso, evitando por dicho medio que se vea en la obligación de ir a juicio simplemente a preguntar por información cuya respuesta no conoce, con la esperanza de que el testigo sea veraz y le aporte algún dato útil.

Esta misma medida compensatoria podría ser de gran utilidad además para que el Juez de Garantía ante casos difíciles logre ponderar de mejor forma las necesidades de protección y confrontación y alcanzar una solución más justa. Sobre el particular, el Proyecto Original de CPP si bien no contemplaba la reserva de identidad como una limitación al derecho de defensa sí lo hacía respecto de la publicidad del juicio. Al efecto, disponía que *el juez o el tribunal interrogará directamente al testigo para establecer la credibilidad de los motivos indicados*. Se consideraba entonces dicha metodología como idónea para resolver el asunto. Tanto o más debería serlo si se trata de una limitación al derecho de defensa de los imputados, considerando que dicha norma fue suprimida con el objeto de mejorar la situación de los acusados.

determinar *la procedencia de la reserva*, sino sólo para acreditar el primer supuesto, *de carácter objetivo* en palabras de Trechsel, para reforzar la necesidad que esté suficientemente justificada en el proceso; y (2) por el momento mismo en que se produce la discusión sobre prisión preventiva, de ordinario coetáneamente a su judicialización) y en oposición a la oportunidad en que se da la discusión sobre la reserva de identidad de testigos de cargo (en la etapa intermedia luego de reunida la totalidad de los antecedentes de la investigación) cabe entender el concepto "*existencia de antecedentes calificados*" con una exigencia superior, pues las posibilidades de aportar información en este momento son igualmente mayores.

⁴⁸ DRESSLER, Joshua; y MICHAELS, Alan. Ob cit. pp. 154 y 155.

Por último, cabe destacar que el fundamento de estos deberes compensatorios de descubrimiento, emanan directamente de la doctrina creada por la Corte Europea de Derechos Humanos a partir del caso *Doorson vs. Netherlands*. Conforme a ella lo determinante es no tanto si existen testigos reservados o anónimos, sino que si ésta fue o no suficientemente compensada. Pero ¿Compensada en qué? La respuesta es sencilla. Si la individualización de los testigos constituye una exigencia de descubrimiento, en la medida en que se afecte al mismo por medio de no entregar información sobre la identidad del testigo, la compensación debe ocuparse de que el acusado reciba información suficiente que le permita preparar adecuadamente el contraexamen al testigo.

4.1.3. Mayor control de la información que ingresa a juicio por su intermedio

Es del todo razonable que, dada las mayores dificultades para controlar la calidad de la información que estos testigos introducen a juicio, el Juez de Garantía sea más riguroso en la determinación de los *puntos de prueba sobre los que declararán*. Asimismo, el Tribunal Oral, también deberá tener una mayor disposición a aceptar objeciones planteadas por la defensa cuando su fundamento sea que éstos se alejan de dichos puntos.

Así, cabría ser mucho más exigente que de ordinario con el Ministerio Público en cuanto a su deber de descubrir con la mayor cantidad de detalles posibles qué es lo que podrá declarar en juicio el testigo reservado. Incluso, podría darse una discusión en torno a restringir la información que este testigo puede incorporar a juicio para efectos de controlar de mejor forma el perjuicio que la defensa podría sufrir ante sus menores posibilidades de cuestionar su credibilidad. Por ejemplo, podría restringirse a puntos menos centrales de la acusación o respecto de los cuales la defensa tenga mayores posibilidades de confrontación, sea porque en los hechos presenta mayores facultades de producir prueba autónoma, como por existir en dicho ámbito más prueba de cargo cuya calidad la defensa sí está en condiciones de cuestionar.

A partir de lo anterior, es necesario que el Tribunal de Juicio Oral sea muy estricto en orden a acoger las objeciones que la defensa pueda plantear para evitar que tales testigos se alejen de los puntos respecto de los que están explícitamente habilitados a declarar.

4.1.4. Deberes de la defensa

¿A qué obliga la reserva de identidad a la defensa? La pregunta más relevante quizás es si a pesar de la reserva decretada judicialmente, ésta se ve impedida de intentar averiguar la identidad de los testigos antes del juicio oral. ¿Constituiría aquello una transgresión al juego limpio? ¿Podría ser entendido como una falta ética del abogado defensor? Si por cualquier motivo el defensor accede a la identidad del testigo ¿le está prohibido dársela a conocer al acusado? Por otro lado ¿Podría tratar de averiguar la identidad durante el juicio oral preguntando al resto de los testigos? y ¿Qué ocurre una vez finalizado el juicio? ¿Podría la defensa acceder a dicha información para preparar un recurso judicial? O incluso después de ello ¿Podría una vez totalmente ejecutoriada la sentencia acceder a esa información? ¿Y si de cualquier modo accede a ella, estaría todavía obligado a mantener la reserva? ¿Cuáles serían las consecuencias o sanciones de incumplir cualquiera de las obligaciones generadas?

Como es posible apreciar se trata de una gran cantidad de cuestiones, ninguna de las cuáles han sido desarrolladas. La aproximación adecuada, a nuestro juicio, tiene que ver con preservar el rol del abogado defensor. Éste se debe a su cliente. En un sistema acusatorio, el abogado defensor ha de tener un amplio espectro de actuación. No consideramos conveniente obligar a la defensa a asumir mayores lealtades para con el sistema que respecto de su representado. De lo contrario, se corre el riesgo de afectar la contradictoriedad del proceso y con ello, no sólo el derecho a confrontación de los imputados, sino también la calidad de la información que el juicio es capaz de producir, cuestión que el sistema debería estar interesado en evitar que suceda.

4.1.5. Reactivación del debate en el juicio oral

Otro problema que surge es si acaso el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal está facultado para decidir dejar sin efecto una reserva de identidad ya admitida en la etapa intermedia por el Juzgado de Garantía respectivo.

Para una respuesta sobre el particular, conviene distinguir dos hipótesis distintas:

- **Reedición de la discusión sostenida en sede de Juzgado de Garantía, en forma previa al inicio del juicio como un incidente.** Debe desestimarse esta posibilidad. Si la etapa intermedia busca concentrar este tipo de cuestiones y por tanto permitir un desarrollo fluido del juicio oral, parece evidente que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, no debe conocer nuevamente el asunto. Por otra parte, carece de facultades expresas para hacerlo, en la medida que no cabe resolver una misma cosa sobre la base de los mismos antecedentes, más todavía tratándose de una cuestión que la ley, según hemos revisado, ha entregado a los Jueces de Garantía. Se ha sostenido que la reserva de identidad dispuesta por el fiscal en la acusación en el marco de la normativa general del CPP, debe ser mantenida hasta el inicio del juicio oral, momento en que debe dejar de regir, pues en esta audiencia regiría una *contradictoriedad plena*⁴⁹. Conforme a ello, la defensa estaría legitimada para solicitar previo al juicio que se levante la reserva. No obstante, tal postura no resulta apropiada, pues resulta contraria a su misma premisa. Si en la audiencia de juicio rige una *contradictoriedad plena*, entonces la reserva de identidad debería haber cesado al momento del cierre de la investigación. Conocer la identidad de los testigos, previo al juicio, es lo que permite disponer de las condiciones necesarias para asegurar a los acusados la oportunidad de un contraexamen efectivo. Sostener, por el contrario, que la reserva de identidad debe cesar al inicio del juicio, indica, por un lado, que la protección de la vida o integridad física del testigo nunca fue algo verdaderamente importante y que, por otro, más que una medida de protección resulta ser un mero entorpecimiento al trabajo de la defensa: si igualmente el acusado iba a conocer la identidad del testigo y por tanto de todos modos iba a verse expuesto a un riesgo grave y cierto, carece de sentido impedir a la defensa que prepare su contraexamen con la debida antelación⁵⁰.

⁴⁹ ROJAS VALDEBENITO, Sonia; y ROJAS AGUIRRE, Luis. Loc. Cit.

⁵⁰ Este parece ser el problema que se presenta en el caso RUC 0200142499-0 en el que en la sentencia recaída en juicio oral realizado el día 9 de noviembre de 2004 y dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de

- **Discusión dentro del juicio conforme a la dinámica y desarrollo de la audiencia.** Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, en casos excepcionales, sí podría plantearse como un incidente dentro del juicio. Si en el desarrollo del contraexamen queda en evidencia que la defensa se está viendo impedida de ejercer adecuadamente el derecho a confrontación, proporcionalmente a ello, puede llegar a ser necesario mejorar la cantidad de información que ésta tiene respecto de los datos personales del testigo en cuestión. Si, por ejemplo, el testigo incurre en una serie de contradicciones o incoherencias, resulta adecuado que el tribunal permita un examen más acucioso de su credibilidad. Si bien la protección del testigo es un valor importante, tanto o más es la adopción de sentencias justas y que *los mentirosos sean descubiertos*. Un razonamiento similar está presente en el fallo *Smith vs. Illinois* (1968). Cabe destacar que lo anterior debe ser proporcional a las necesidades de defensa que concretamente se estén evidenciando en la audiencia. Así podría darse el caso que los cuestionamientos acerca del testigo radiquen en una posible relación con la víctima. En tal caso, podría ser suficiente que el testigo declare que trabaja para la víctima y omita su identidad.

4.1.6. Medidas adicionales de protección

Es posible que la reserva vaya acompañada de alguna medida adicional de protección. Por lo general, quienes declaran en estas condiciones lo hacen por ejemplo tras un biombo que impide que puedan ser vistos e incluso con apoyo de distorsionadores de voz.

No es el objetivo aquí revisar qué ocurre con esas otras medidas y su eventual afectación al derecho de defensa en alguna de sus otras modalidades⁵¹. Podría pensarse que estas medidas implican una todavía mayor limitación del derecho a confrontación y no podrían por tanto ser *acumuladas*. Sin embargo, si el objetivo de ellas es precisamente proteger a los testigos, es posible que surja la necesidad de adoptar medidas que permitan asegurar la efectividad de la reserva. En ocasiones será posible llegar a soluciones intermedias⁵².

Temuco, consta la existencia de diez testigos reservados. Expresamente se indica en el fallo que antes de ser recibida la declaración de dichos testigos “...*los abogados defensores de todos los acusados plantearon su disconformidad con la forma en que estos testigos prestarían declaración*”. En ese momento el Tribunal decidió hacer entrega de los antecedentes de la identidad de dichos testigos a la defensa. No obstante, los defensores “...*declinaron conocerla por cuanto no contribuye efectivamente a los fines de una efectiva defensa. En todo caso, la individualización de los testigos fue verificada previamente en forma personal por los jueces en una sala contigua*”. Pareciera entonces que los jueces estimaron que para permitir la contradictoriedad del juicio era recomendable dar a conocer a la defensa quiénes eran esos testigos. Por su parte, los defensores estimaron que a esas alturas, poco era lo que podían realizar para preparar adecuadamente sus contraexámenes.

⁵¹ Como se dijo anteriormente, el derecho a confrontación está compuesto además por el *face to face* o derecho al careo o confrontación cara a cara, que podría verse limitado por medio de medidas como las señaladas.

⁵² Por ejemplo, si el testigo tras un biombo realiza una determinada demostración de un hecho que implica un movimiento o gesto que para una adecuada percepción requiere ser observado por el abogado defensor o incluso por el propio imputado, entonces parece conveniente que un tercero, quizás un administrativo del tribunal o el mismo fiscal deba replicar o imitar dicho movimiento, bajo la supervisión de los jueces quienes deben dar fe de todo ello. Otra posibilidad es que se permita al menos al defensor ver directamente al testigo y el biombo afecte sólo a los acusados y público.

Cualquiera sea el caso, es importante destacar que la reserva de identidad puede hacer surgir la necesidad que se adopte alguna otra limitación al derecho a la confrontación. La solución requiere también de un análisis acabado de los requisitos de procedencia de estas otras medidas de manera particularizada y comprendiendo a cabalidad el sentido de esas otras dimensiones del derecho a la confrontación que pueden verse afectadas.

4.2. Construcción de la decisión más adecuada para cada caso concreto

Ahora veremos qué aspectos o criterios los jueces deben seguir para adoptar una decisión que resulte adecuada a las necesidades de cada caso. Metodológicamente hemos indicado que la forma correcta de abordar la admisibilidad de esta institución es mediante la ponderación de los distintos intereses en juego, tanto por así aconsejarlo la complejidad misma del problema, como por ser consistente con otras experiencias revisadas (la estadounidense y la de la Corte Europea de Derechos Humanos). Resulta ser en los hechos la mejor forma de articular dichos intereses y mantener vigente el respeto por la contradictoriedad del proceso y, especialmente, el derecho a disponer de la oportunidad de confrontar de un modo efectivo la prueba adversa que asiste a los imputados.

Cabe indicar un par de aclaraciones respecto de estos elementos de ponderación:

- Deben ser analizados una vez que se ha constatado la procedencia del estándar de riesgo o peligro antes referido.
- Todas estas áreas de intereses deben ser sopesadas conforme al caso concreto, pudiendo o no concurrir, o incluso ser valorados de modos distintos, según amerite su situación particular.

4.2.1. Elementos de ponderación

- ***Necesidades concretas de protección de víctimas y testigos.*** La medida debe servir efectivamente al propósito de protección, respetando parámetros de *proporcionalidad e idoneidad*. Así, por ejemplo, si es posible brindar protección por medio de una alternativa menos lesiva, ésta deberá ser preferida.
- ***Ejercicio concreto del derecho a defensa:*** Aquí debe analizarse las reales facultades de confrontar al testigo en base a la teoría del caso planteada por la defensa y a sus posibilidades de generar prueba autónoma. Si, por ejemplo, la defensa plantea la inimputabilidad por *locura o demencia* y un testigo va a declarar que vio accidentalmente al imputado incendiar una casa mientras transitaba por la calle en su vehículo, pareciera, *prima facie*, que el ejercicio de su derecho a contraexaminar no se ve mayormente afectado. De igual modo, si ésta, por las circunstancias del caso, fue capaz de generar prueba autónoma respecto a una versión alternativa, la afectación al derecho a defensa tiende también a ser menor. Esto plantea en ocasiones la dificultad extra de valorar el comportamiento o diligencia de la defensa en el caso. No nos referiremos a este problema que se relaciona con el derecho a defensa efectiva, pues excede a nuestros objetivos.
- ***Diligencia del órgano persecutor en la investigación.*** El interés en juego acá es evitar que las fiscalías *descansen* en este tipo de testigos. Éstas no pueden contar con que los Juzgados de Garantía siempre van a admitir este tipo de testigos para que se sientan empujadas a extremar esfuerzos por reunir prueba adicional y de calidad. Por consiguiente, la fiscalía debe estar en condiciones de sostener en la

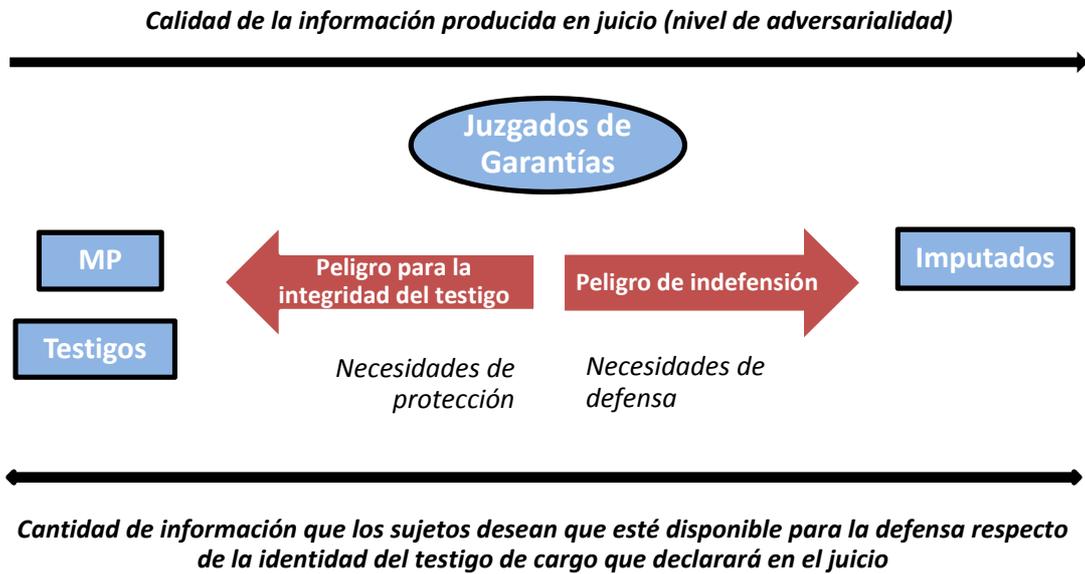
audiencia intermedia (y los jueces atentos a controlar) que si no dispone de más prueba, que en los hechos le hubiera permitido incluso prescindir del testigo reservado, no es consecuencia de una investigación negligente o mal encaminada.

- **Valor estratégico de la declaración del testigo para el caso de la acusación.** Este criterio se basa en la disposición de la Corte Europea de Derechos Humanos, antes revisada, en torno a que no es posible condenar a una persona únicamente o en alguna medida determinante en base a declaraciones anónimas (*Doorson vs. Netherlands*). Si, por ejemplo, la fiscalía tiene a un *testigo estrella* como única evidencia para vincular al imputado con el delito, éste no debería ser admitido. Consideramos no confundir aquí *admisibilidad* con *credibilidad* del testimonio, pues estamos ante una cuestión propia de descubrimiento y en donde, dada su importancia no parece razonable limitar aquí el derecho a contradicción.
- **Gravedad del hecho en términos de su importancia para la confianza de la comunidad en el sistema de justicia.** En otra esquina del problema, existen ciertos casos que por su importancia o connotación social, suelen cumplir un cierto rol “legitimante” para el sistema en su conjunto. Los Jueces de Garantía también deben considerar este elemento en su decisión. Así, en un determinado caso de gran conmoción, en donde exista una gran expectativa social de que se brinde protección a un determinado testigo como forma de transmitir el mensaje a la comunidad que las necesidades de los testigos van a ser lo suficientemente protegidas en el marco de un proceso penal y como un mecanismo de hacer posible el juzgamiento de un imputado (no sólo del caso en particular sino también a los futuros), en general, el juez debería tender hacia su aceptación. ¿Significa esto que el juez renuncie a su rol y que el acusado quede en el desamparo? Obviamente no. En tales casos los jueces deberían extremar esfuerzos por compensar adecuadamente a la defensa y permitirle ejercer su derecho a confrontación, por ejemplo, por medio de una sesión o audiencia de descubrimiento previo (al juicio) en la que se permita a la defensa conducir directamente sus preguntas para preparar adecuadamente su caso, o imponiendo otros deberes más gravosos de *descubrimiento* que los expresamente previstos en el CPP, como entregar a la defensa una constancia de sus anotaciones prontuariales, informar si ha intervenido en otras ocasiones en procedimientos penales y en qué calidad o certificar condiciones de salud del testigo que puedan ser relevantes para el caso concreto, entre otras compensaciones posibles. Otra alternativa, plenamente compatible o acumulable con las anteriores, es la de restringir el contenido de su declaración.
- **Posibilidad de error judicial.** El juez deberá además velar por que la información que se produzca en juicio, tanto mirada en su conjunto como individualmente respecto del testigo en particular, sea de una calidad tal que no sean de temer errores judiciales. Entonces el juez deberá preguntarse si la admisión de un testigo reservado en un caso en particular aumenta o no de un modo significativo la posibilidad de incurrir en un error en la sentencia de juicio.

A continuación se incluye un esquema que pretende graficar de mejor modo lo hasta aquí señalado:

Esquema 2

Sujetos, intereses concurrentes, dinámica y elementos de ponderación



| Nivel de Protección del testigo/Reserva de identidad | | Nivel de Descubrimiento de la información personal del testigo |
|---|--|--|
| | 1. Criterios Sistémicos | |
| Tiende a dar preeminencia a la admisión de la reserva | Gravedad del hecho en términos de su importancia para la legitimidad del sistema | Fuertes deberes Compensatorios |
| | Posibilidad de error judicial | Tiende a dar preeminencia a la entrega de información |
| | (falta de) Diligencia del órgano persecutor en la investigación | Tiende a dar preeminencia a la entrega de información |
| | 2. Otros Criterios / Intereses de parte | |
| Tiende a dar preeminencia a la admisión de la reserva | Necesidades concretas de protección de los testigos | Acceso a información proporcional a necesidades de defensa y a aquella parte en que no requiera protección del testigo |
| Depende del caso | Ejercicio concreto del derecho de defensa | Depende del caso |
| En la medida que revista menor trascendencia | Valor estratégico de la declaración del testigo para el caso de la acusación | En la medida que revista mayor trascendencia |

Fuente: Elaboración propia

En el esquema anterior, podemos ver integrada a la dinámica de tensión de los intereses en juego un cuadro de ponderación que da cuenta de la forma en que dichos elementos se presentan de modo de orientar el trabajo que deben realizar los jueces.

La decisión en este sentido no es binaria. No existen sólo dos opciones: admitir o rechazar la reserva de todo. Existe un continuo en cuyos extremos se plantean tales alternativas y entre los cuales existen infinitas posibilidades de articulación de las necesidades de los involucrados.

El esquema además da cuenta de los elementos de ponderación. Estos son divididos en sistémicos (aquellos que el propio juez debe intentar velar por sí mismo, independientemente de cuál sea el interés concreto de cada parte) y otros criterios de parte cuyo comportamiento tienden a ser preocupación del imputado, el testigo y el Ministerio Público.

Tales elementos de ponderación presentan unas flechas que dan cuenta de la forma en que éstos comúnmente incidirán en la ponderación. Las flechas más grandes de color anaranjado dan cuenta de lo que predominantemente habrá de ocurrir; las flechas de línea en cambio (más pequeñas y de color negro), manifiestan la preocupación de articulación que los jueces deben adoptar ante la preeminencia de ese factor a favor de la reserva.

Los criterios han sido colocados bajo los Juzgados de Garantía con la finalidad de graficar la idea de que son éstos quienes deben realizar dicho trabajo de ponderación y ocuparse de articular los intereses en juego.

5. Conclusiones

Con el propósito de evitar caer en demasiadas reiteraciones, simplemente señalaremos para finalizar, en clave normativa, cuál es el estatuto que creemos debe regir a esta institución según lo desarrollado:

Excepcionalmente, el juez respectivo podrá admitir la reserva de identidad de uno o más testigos ante casos en que éstos o alguna otra persona estrechamente relacionada con ellos, sea por parentesco o afecto, se encuentren expuestos a peligros graves y ciertos y siempre que existan antecedentes calificados y objetivos de que dicha medida, además de útil, resulta indispensable para el resguardo de la vida o integridad física de la persona de que se trate.

Luego de constatada la hipótesis de peligro a que se refiere el inciso anterior, el juez, para admitir la medida y determinar concretamente el nivel o grado de reserva que será necesario otorgar al testigo, evaluará a su vez el grado de descubrimiento indispensable para satisfacer el derecho de los imputados a disponer de la oportunidad de confrontar efectivamente la prueba adversa.

Para determinar dicho grado de descubrimiento y, por tanto, la medida o entidad de la reserva, el juez deberá sopesar los elementos en tensión, teniendo especial preocupación por la gravedad del hecho en términos de su importancia para la confianza de la comunidad en el sistema de justicia, la posibilidad de error judicial, el grado de

diligencia del órgano persecutor en la investigación, las necesidades concretas de protección del testigo u otra persona relacionada con éste, el ejercicio concreto del derecho de defensa y el valor estratégico de la declaración del testigo para el caso de la acusación.

Con tal propósito, el interesado en beneficiarse con la reserva y/o el Ministerio Público, según sea el caso, deberá solicitar fundadamente la medida al Juez de Garantía con expresión clara de los antecedentes señalados en el primer inciso de este artículo.

El juez al resolver deberá emitir una decisión fundada que explicité sus razones.

Para la efectividad de la reserva de identidad, podrán adoptarse medidas complementarias, en la medida que se cumplan los requisitos previstos para cada una de ellas de acuerdo a la ley y a las circunstancias del caso.

Siempre queda a salvo la posibilidad de cualquiera de los involucrados a reclamar la intervención judicial en resguardo del ejercicio de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés. La Capacitación como Fútbol. En: Revista Sistemas Judiciales, N° 1 ¿Crisis en la Capacitación Judicial? 2002. Disponible en World Wide Web: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/570.pdf> [21 de julio de 2010].
- BAYTELMAN, Andrés; y DUCE, Mauricio. Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Santiago de Chile: Editorial Universidad Diego Portales, 2004.
- BLANCO, Rafael; DECAP, Mauricio; MORENO, Leonardo; y ROJAS, Hugo. Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal. Santiago de Chile: Legal Publishing. 2005. p. 212 y 213.
- VIAL CAMPOS, Pelayo. Técnicas y Fundamentos del Contraexamen en el Proceso Penal Chileno. Santiago de Chile: Librotecnia, 2007.
- BULLEMORE, Vivian; y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007.
- CAROCCA, Álex. EL Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Santiago de Chile: LexisNexis, 2008.
- CHASE, Carol A. The Five Faces of the Confrontation Clause. En: 40 Houston Law Review. 2003. p. 1034-1036. Disponible en World Wide Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017180 [18 de julio de 2010].
- CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen I. Editorial Forum, 1995.
- DECAP, Mauricio. De la Contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho de Defensa. En: Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco, N° 3, 2002.
- DRESSLER, Joshua; y MICHAELS, Alan. Understanding Criminal Procedure, Volume 2: Adjudication. LexisNexis, 2006.
- DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; y RIEGO, Cristián. Reforma a los Procesos Civiles Orales: Consideraciones desde el Debido Proceso y Calidad de la Información. En: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina. Santiago de Chile: 2008.
- DUCE, Mauricio; y RIEGO, Cristián. Proceso Penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- GÉNOVA, Elisa. La Reserva de Identidad de los Testigos, el Derecho de Defensa y el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Universidad Católica de Temuco, 2004. Disponible en World Wide Web: <http://biblioteca.uct.cl/tesis/elisa-genova/tesis.pdf>
- GUERRA, Miguel. El Secreto de la Investigación en los Casos de la Ley 20.000. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 40, septiembre 2009. Disponible en World Wide Web: http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/revistas/Revista_Ministerio_Publico_N_40.pdf [18 de julio de 2010].
- JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en Materia Penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- NOGUEIRA, Humberto. Dogmática Constitucional. Talca: Universidad de Talca, 1997.

- PEÑAFIEL, Hernán. La Protección al Testigo en el Nuevo Ordenamiento Procesal Penal, Particularmente frente al Crimen Organizado. En: Revista Procesal Penal, N° 6. Santiago de Chile: LexisNexis, 2003.
- PLAZA, Gloria. La Protección de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal. En: Revista Procesal Penal, N° 29. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005; y ESPINOSA, Sergio. Medidas de Protección de las Víctimas. En: Revista Procesal Penal, N° 28 Santiago de Chile: LexisNexis, 2005.
- ROJAS, Luis Emilio. Reserva de Identidad y Principio de Publicidad. En Boletín del Ministerio Público, N° 6, 2001. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín.VI.pdf> [12 de enero de 2010].
- ROJAS VALDEBENITO, Sonia; y ROJAS AGUIRRE, Luis. La Protección de los Testigos en la Reforma Procesal Penal. En: MINISTERIO PÚBLICO, División de Atención a Víctimas y Testigos. La Víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes, 2003.
- STAVROS, Stephanos. The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights. Kluwer Academic Publisher. 1993.
- TAVOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- TRECHSEL, Stefan. Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford University Press, British Library Cataloguing in Publication Data. 2006.
- VILLA VEGA, Diego. Reserva Judicial de Identidad en delitos comunes. Comentario a Fallo de recurso de nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9. En: Boletín del Ministerio Público N° 18. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20MP%20N%2018.pdf> [18 de julio de 2010].
- PRINCIPALES OFICIOS DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO
 - Oficio N° 237-2000, de 12 de diciembre de 2000, que contiene el Instructivo N° 32 sobre testigos de la etapa de investigación y de su protección. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapa.asp?cuerpo=461> [17 de julio de 2010].
 - Oficio N° 114-2001, de 27 de marzo de 2001, que contiene el Instructivo N° 55 sobre la acusación del fiscal, del querellante y la defensa del acusado. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapa.asp?cuerpo=441> [17 de julio de 2010].
 - Oficio 337-2003 del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, de 11 de julio de 2003, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N° 11 sobre Atención y Protección a las Víctimas en el Código Procesal Penal. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapainter.asp?cuerpo=640>
 - Oficio 246-2004, del Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena, de 27 de mayo de 2004, sobre “La Reserva de Identidad como Medida de Protección de los Testigos”, que tiene por propósito complementar y sistematizar el Oficio N° 32-2000 en la materia. Disponible en World Wide Web: <http://www.fiscaliadechile.cl/tapainter.asp?cuerpo=641> .
 - Oficio N° 48-2005, de 26 de enero de 2005, por el cual el Fiscal Nacional instruye acerca de las principales modificaciones de la Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, Instructivo General N° 1.
- PRINCIPALES SENTENCIAS NACIONALES
 - Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 7 de noviembre de 2007, ROL 491-2008-RPP.
 - Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la sentencia ya citada de fecha 13 de octubre de 2002, recaída en un recurso de nulidad respecto de la sentencia definitiva RIT 323-2003.
 - Sentencia de la Corte Suprema 13/07/2005, 2345-2005.
 - Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 7 de noviembre de 2008 recaída en causa ROL 491-2008, sobre recurso de hecho.
- PRINCIPALES SENTENCIAS CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS
 - CASE OF LÜDI v. SWITZERLAND. (*Application no. 12433/86*). Strasbourg, 15 de junio de 1992. Aquí el testigo anónimo estaba constituido por un agente policial encubierto, quien

no declaró en juicio y en su lugar se ingresó su acta, no pudiendo, por tanto, ser contrainterrogado por el acusado ni su defensa.

- CASE OF WINDISCH v. AUSTRIA. (*Application no. 12489/86*). Strasbourg, 28 de junio de 1993. En este caso, hubo dos testigos anónimos que sólo declararon ante la policía. Posteriormente, las actas en que constaban sus declaraciones escritas fueron ingresadas a juicio.
 - CASE OF KOSTOVSKI v. THE NETHERLANDS (*Application no. 11454/85*). Strasbourg, 20 de noviembre de 1989.
 - CASE OF DOORSON v. THE NETHERLANDS (*Número de caso 54/1994/501/583. El primer número corresponde a la posición del caso en la lista de casos remitidos a la Corte en el año pertinente, esto es, 1994. Los dos últimos números indican la posición del caso en la lista de casos remitidos a la Corte desde su creación y en la lista de las demandas con origen en la Comisión*). Strasbourg, 20 de febrero de 1996.
 - CASE OF VAN MECHELEN AND OTHERS v. THE NETHERLANDS (*Número de caso 55/1996/674/861-864. El primer número corresponde a la posición del caso en la lista de casos a que se refiere el Tribunal en la año de referencia (segundo número). Los dos últimos números indican la posición del caso en la lista de casos remitidos a la Corte desde su creación y en la lista de las solicitudes correspondientes originarios de a la Comisión*). Strasbourg, 23 de enero de 1997.
 - CASE OF KRASNIKI v. THE CZECH REPUBLIC (*application 51277/99*). Strasbourg, 28 de febrero de 2006.
- PRINCIPALES OTRAS FUENTES Y ARTÍCULOS DE PRENSA
- LEY N° 18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 1984.
 - LEY N° 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2003.
 - LEY N° 20.000 que Sustituye la Ley N° 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial, el 16 de febrero de 2005.
 - HISTORIA OFICIAL DE LA LEY N° 19.696 QUE CREA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. Disponible en World Wide Web: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf> [18 de julio de 2010].
 - MARÍN, Felipe. Testigos sin rostro y violación al derecho a la defensa, Carta al Director. El Mercurio, 6 de abril de 2003.
 - Tribunal Oral Absolvió a Mapuches: debate genera declaración de los denominados testigos sin rostro. La Semana Jurídica, Año 3, N° 127, abril de 2003.
 - La Tercera On line. Corte de Concepción aceptó uso de testigos protegidos para juicio contra comuneros. 9 de noviembre de 2008. Disponible en World Wide Web: http://www.latercera.cl/contenido/25_71243_9.shtml [18 de julio de 2010].
 - El Mercurio On Line. Fiscalía Excluida de Juicio por no Revelar Testigos Protegidos. 11 de octubre de 2008. <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={90b05d03-07a1-4af6-ac9f-411f5b703aa1}> [18 de julio de 2010].