



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

EFFECTOS DE LA RESERVA DE IDENTIDAD DE TESTIGOS EN JUICIOS LLEVADOS
POR DELITOS DE CARÁCTER TERRORISTA EN CASOS BAJO EL CONTEXTO DEL
CONFLICTO CHILENO-MAPUCHE

Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
ERNESTO FIDEL MARTÍNEZ FRANULIC
Profesora Guía: Dra. Myrna Villegas Díaz. Abogada

Santiago, Chile.
2018

TABLA DE CONTENIDOS.

RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES.....	3
1.1. Antecedentes previos.....	3
1.1.1. El fenómeno terrorista y la respuesta de un Estado democrático de derecho. ...	3
1.1.2. Sistemas, principios y proceso penal.....	4
1.1.3. La prueba testimonial y la contrainterrogación.....	6
1.2. Las medidas de protección al testigo.....	7
1.2.1. Concepto y naturaleza de las medidas de protección al testigo.....	7
1.2.2. Medidas de protección sin reserva de identidad.....	8
1.3. La reserva de identidad del testigo.....	10
1.3.1. La reserva de identidad en el proceso penal.....	10
1.3.2. Aproximación a una lógica ontológica de la reserva de identidad del testigo: ¿Qué es un testigo anónimo de cargo?.....	11
CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO APLICABLE.....	17
2.1. Contenido.....	17
2.2. Antecedentes.....	18
2.3. Debate sobre la admisibilidad de la reserva.....	20
2.3.1. Los centros del debate en Chile.....	20
2.3.2. El derecho de la defensa a interrogar a los testigos.....	22
2.3.3. La oportunidad procesal formal de contrainterrogación.....	23
2.3.4. La subrogación de la declaración sobre la persona que declara.....	24
2.3.5. La declaración anterior como antecedente suficiente.....	25
CAPÍTULO III. JURISPRUDENCIA.....	29
3.1. Antecedentes Generales.....	29
3.1.1. La Corte Interamericana y sus criterios.....	29
3.1.2. Breve reseña judicial de los casos nacionales.....	30
3.1.2.1. Caso Lonkos. Contra Segundo Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao... 31	
3.1.2.2. Caso de la CAM. Contra Patricia Troncoso y otros.....	32
3.1.2.3. El caso de Héctor Llaitul y Otros.....	32
3.2. Jurisprudencia a la luz de la Corte Interamericana.....	33
3.2.1. Medidas adoptadas con sujeción a control judicial.....	34
3.2.1.1. Control judicial insuficiente en el caso de Norín y Pichún.....	34
3.2.1.2. La necesidad y proporcionalidad en el caso Patricia Troncoso.....	36

3.2.1.3. La necesidad y proporcionalidad en el caso de Héctor Llaitul.....	37
3.2.2. Medidas de contrapeso.....	39
3.2.2.1. Conocimiento de la autoridad judicial de la identidad del testigo y posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio.....	40
3.2.2.1.1. La afectación a desarrollar la duda razonable en el juez.....	41
3.2.2.2. Concesión a la defensa de una amplia oportunidad de interrogar al testigo en algunas de las etapas del proceso.....	42
3.2.2.2.1. El contraexamen en el caso Norín y Pichún.....	43
3.2.2.2.2. El contraexamen en el caso de Patricia Troncoso.....	44
3.2.2.2.3. El caso de Héctor Llaitul.....	45
3.2.2.3. La posibilidad que el abogado conozca la identidad del testigo con prohibición de informarla al imputado. El caso de Norín y Pichún.....	46
3.2.3. Prohibición de fundamentar únicamente o en grado decisivo con la declaración anónima la sentencia condenatoria.....	49
3.2.3.1. El caso de Pascual Pichún.....	50
3.2.3.2. El caso de Héctor Llaitul.....	51
3.3. Efectos detectados en la valoración de la prueba.....	52
3.3.1. Algunos aspectos sobre la valoración de la prueba.....	52
3.3.1.1. La valoración propia de la reserva.....	52
3.3.1.2. La valoración del contenido de la declaración propiamente tal.....	53
3.3.1.2.1. La valoración en el caso Norín y Pichún.....	54
3.3.1.2.2. La valoración en el caso Patricia Troncoso.....	57
3.3.1.2.2. La valoración en el caso de Héctor Llaitul.....	61
3.3.3. Los beneficios de la reserva de identidad.....	64
3.3.3.1. La persecución penal del testigo protegido.....	64
3.3.3.2. Los testigos que debiesen ser imputados.....	65
3.3.3.3. La credibilidad del testigo frente a otro tipo de beneficios a cambio de su declaración.....	68
3.3.3.4. Omisión de la subjetividad política del testigo para determinar su credibilidad.....	69
3.3.2. Los criterios de los tribunales superiores.....	72
3.3.2.1. La nulidad en el caso Norín y Pichún.....	72
3.3.2.2. La nulidad en el caso Patricia Troncoso.....	74
3.3.2.2. La nulidad en el caso de Héctor Llaitul.....	76
3.3.4. Inocuidad de la reserva.....	78
3.3.4.1. La pertenencia del testigo a pequeñas comunidades.....	80
3.3.4.2. La contradicción entre la declaración y el anonimato.....	82

CONCLUSIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	89
ANEXO.....	95

RESUMEN

Este trabajo se propuso el estudio del uso de testigos protegidos cuya identidad se reserva durante la etapa de juicio oral en los casos de delitos con calificación terrorista, insertos en el contexto del conflicto chileno-mapuche. Como la razón de ser de esta herramienta procesal es su eficacia, ésta debiese ser un elemento positivo en la elaboración de la convicción del juez para lograr una sentencia condenatoria, sin vulnerar en su esencia el derecho a defensa. Constatar la efectividad de dicha situación es el objetivo general de esta tesis.

Luego de enmarcar en forma general la reserva de identidad, se analizan tres casos nacionales incluyendo además una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que falló uno de ellos. Para esto se utilizó como marco general, los criterios sostenidos por dicho fallo.

Como resultado se obtuvo la refutación de la idea de que esta herramienta, tiene la virtud de conducir a una sentencia condenatoria, sin vulnerar en su esencia el derecho a defensa y no logrando además la protección efectiva de la identidad del testigo.

INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos más graves y dañinos para el Estado democrático de Derecho es el terrorismo, que en el último tiempo ha cobrado una vitalidad inusitada a nivel global.

Chile es un Estado que ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por vulnerar el debido proceso con la aplicación de la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Un punto alegado en la ocasión fue el uso de testigos anónimos. Este tipo de medida procesal, se encuentra en contradicción permanente con un sistema de garantías fundamentales consagradas por el ordenamiento jurídico, a través de un proceso penal acusatorio, y termina por manifestarse como un resabio del antiguo régimen inquisitivo, cuyas herramientas aparecen como anacrónicas.

Todo esto cobra especial relevancia si consideramos que el terrorismo, es un fenómeno cuyo ataque principal es al orden constitucional, incluido el sistema de garantías que éste defiende. Así la respuesta de un Estado democrático de derecho, debe implicar una reafirmación de dicho sistema y no, por el contrario, establecer un proceso penal que vulnere uno de sus principios basales como lo es el debido proceso¹. La sociedad en su conjunto debería poder contar con esa seguridad, de lo contrario no se haría más que reafirmar la estrategia terrorista.

Mediante el presente trabajo se pretende analizar los efectos que ha tenido el uso de la protección del testigo, en los procesos por delito de terrorismo, en su faceta más extrema como lo es la reserva de identidad del testigo, enmarcada en el contexto del “conflicto chileno-mapuche”. Se realiza un análisis jurisprudencial, con el fin de determinar la existencia de una posible vulneración de la garantía del debido proceso, así como de observar la valoración que realiza el juez de dicha prueba, para luego establecer si su introducción en el proceso penal es eficaz, confrontando así la justificación de la norma con sus efectos en el proceso penal.

Como hipótesis de trabajo se entenderá que la inclusión del testigo anónimo en un proceso por delitos de terrorismo, produce efectos adversos para la defensa, vulnerando el debido proceso. Demostrándose poco eficaz al comparar los efectos negativos para la defensa, con aquellos que produce la declaración en la convicción del juez.

¹ Así en, MORENO CATENA, Víctor. 2006. “El enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y el derecho a defensa”. En: GOMEZ C. Juan-Luis y GONZALEZ C. José-Luis (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch. p 372.

El objetivo general de este trabajo es determinar, a través de la reseña de la doctrina y el análisis de la jurisprudencia, los efectos que el uso de testigos anónimos produce, tanto en la posibilidad de defensa como en la valoración del juez, confrontando éstos con la justificación de la norma y en relación a estos resultados, analizar si se vulnera o no el debido proceso.

Una primera categoría de objetivos específicos dice relación con la admisibilidad, de la reserva de identidad como medida de protección del testigo. Así, conocer y comprender la justificación de su aplicación junto con los argumentos que se esgrimen en su contra, será tan importante como examinar la relevancia del conocimiento que tiene el juez, de la identidad de esta persona y la manera en que influye tener dicha información, en la decisión de incluir su testimonio como prueba de cargo.

La segunda será determinar a la luz de la jurisprudencia, el grado de afectación del derecho a contrainterrogar que tiene la defensa y los efectos que ha producido la aplicación de esta medida, en la valoración del juez al momento de dictar sentencia. La tercera será elaborar un análisis sintético con aquellos resultados. En consecuencia, se podrá determinar si la norma es eficaz y su existencia justificada.

Finalmente, la metodología será principalmente analítica, para exponer el estado de la causa y más bien sintética a la hora de elaborar críticas y conclusiones.

La investigación será documental y bibliográfica, utilizando como instrumentos principalmente artículos de revistas especializadas, informes, manuales y fallos.

Se tendrán a la vista determinados trabajos nacionales. Distinguiéndose esta investigación por centrar el análisis en los efectos que tiene la aplicación de la reserva en los casos concretos integrando las consideraciones pertinentes de dichos trabajos. Dándose uso de una técnica cuantitativa de revisión de casos, en los cuales se haya empleado el proceso por delitos de terrorismo y solicitado, la incorporación de la reserva de identidad de algún testigo en el contexto del conflicto chileno-mapuche.

CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES.

En este capítulo se pretende exponer sucintamente los principales elementos que enmarcan el objeto de estudio. Sin los cuales, el análisis carecería de sentido, pues para entender algunos de los efectos que ha tenido la aplicación de la reserva de identidad de los testigos en este tipo de procesos, debemos atender necesariamente a su razón de ser. Se rescata del debate las posturas que se encuentran más adecuadas para estos fines.

1.1. Antecedentes previos.

1.1.1. El fenómeno terrorista y la respuesta de un Estado democrático de derecho.

La referencia al terrorismo es “[s]in lugar a dudas (...) una expresión ambigua y equívoca, con un origen generalmente atribuido al –periodo del terror- de la revolución francesa (terrère)”². En este sentido, intentar establecer una definición unívoca de terrorismo es una tarea engorrosa y que excede las pretensiones de este trabajo. Sin embargo, se considera necesario tener una mínima noción del objeto sobre el cual la norma dice ser eficaz.

Sobre el terrorismo se ha afirmado que “constituye en nuestros días el fenómeno más evidente de hostilidad al sistema”³. Por su parte, “[e]n el lenguaje común, terrorismo es equivalente a sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. También significa dominación por el terror”⁴.

En el plano nacional, y sobre el terrorismo interno, Villegas ha sostenido que en “un concepto de terrorismo como delito sui generis deben estar presentes: a) la finalidad política (alterar el orden constitucional), b) medios idóneos para causar terror (especialmente catastróficos), c) conductas que importen violencia grave (atentados contra la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad pública), y d) la organización terrorista como elemento del tipo y no como fundante del injusto”⁵.

² GONZÁLEZ CUSSAC, José. 2006. El derecho penal frente al terrorismo. 70 p. En: Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 70.

³ CARBONELL. Juan. 2006. Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal. En: GOMEZ C. Juan-Luis y GONZALEZ C. José-Luis (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 49.

⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, José. Op. cit. 71 p.

⁵ VILLEGAS DIAZ, Myrna. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.21 [citado 2017-03-10], pp.140-172. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100006>.

En este trabajo, para dar una noción sobre el fenómeno, se considera el modelo de definición de terror, terrorismo y terrorista de Getos⁶, quien destaca la dimensión comunicativa de éste⁷. Lo conecta de manera verosímil con la violencia, especialmente política y con el poder, tomando el primero como instrumento para producir efectos en el segundo tales como: “demostrar la vulnerabilidad del orden establecido [...] provocar reacciones represivas excesivas por parte del Estado”⁸.

Asumir el terrorismo en su extensión comunicacional, nos lleva a observar con más claridad la pugna de legitimidad⁹ que se produce cuando el Estado responde recurriendo al debilitamiento de determinadas garantías. La respuesta de un Estado democrático de derecho debiese procurar, por sobre todo, reafirmar la legitimidad de los valores que dice sustentar haciendo gala de sus mejores herramientas, como lo es el proceso penal acusatorio y las garantías fundamentales¹⁰. Responder con estrategias, tácticas y técnicas tanto o más oscuras sólo ayuda a reafirmar el mensaje del adversario.

1.1.2. Sistemas, principios y proceso penal.

⁶ Para la autora “el terror es una estrategia política violenta de intimidación sistemática, [...] el terrorismo es una táctica violenta idónea tanto para pequeños grupos como para organizaciones de tamaño medio que siguen una estrategia de terror y que se caracteriza por actuar en clandestinidad y sobre objetivos concretos que resultan representativos [...] Las técnicas del terrorismo son variadas y van desde los atentados con bombas, a secuestros de aviones, toma de rehenes, etc. Y los terroristas son aquellos individuos que utilizan o amenazan con utilizar esas técnicas y actúan dentro de un grupo orientado tácticamente al terrorismo y estratégicamente al terror.” GETOS, Anna-María. 2012. Terrorismo: Concepto, definiciones y tendencias. En: BACHMAIER, Lorena. (coord.) Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons. p. 41.

⁷ Así para la autora “una de las características distintivas de los actos de violencia terrorista es su capacidad de transmitir una [sic] mensaje simbólico, descifrable, mensaje que los diferencia claramente de los demás actos de violencia” GETOS, Anna-María. Op. cit. p. 21.

⁸ *Ibíd.* p. 21.

⁹ El propio senador Jaime Guzmán advertía que “El combate al terrorismo debe siempre buscar una ecuación, muy difícil de lograr, que combine la eficacia en esa lucha antiterrorista con la observancia de parámetros éticos y jurídicos, fuera de los cuales esa lucha pierde su legitimidad, y también el respaldo de la opinión pública, que es necesario, a fin de que el terrorismo sea realmente erradicado, o al menos contenido en la mayor medida posible.” Discusión en Sala, Senado. Legislatura 321. Sesión 14. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la ley 19.027. p. 128. BCN. Fecha 15 de noviembre, 1990.

¹⁰ CUSSAC. Op. cit. p 91.-93. Este autor sostiene con vehemencia la vigencia del Derecho frente a una posible superación de la realidad política en momentos de “cambios e incertidumbre” restableciendo el necesario nexo entre en Derecho y política. A saber, “[e]ste debate puede solventarse acudiendo a las ideas del Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales. Así, de una parte el Estado de Derecho con división de poderes suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de racionalidad procedimental constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia”. Y el respeto a las garantías democráticas no supondría un conflicto con la necesidad de seguridad. Se considera acertado oponer al terrorismo la legitimidad de la racionalidad procedimental, sin embargo se tiene presente que en nuestro ordenamiento jurídico esa “racionalidad” no es capaz de cumplir con las bondades del Estado democrático de derecho en cuanto al proceso penal especial establecido en la ley 18.314 se refiere.

En torno a los debates sobre el terrorismo y la respuesta del Estado, subyacen por lo general dos grandes sistemas que vinculan principios y argumentos para adoptar determinada postura en la discusión. Consecuentemente, se puede identificar un polo como el ámbito de la seguridad y el otro como el de garantías fundamentales y libertades. Las posturas en específico sobre algunos temas dependerán, por lo general, del ámbito del cual se proviene¹¹. Otros no verían propiamente una contradicción entre estos dos ámbitos. Incluso algunos sostienen que el primero sería sustrato del segundo¹².

El Estado democrático de derecho, estará vinculado a un sistema de principios que darán forma al proceso penal acusatorio, en contraposición al sistema de aplicación del derecho penal inquisitorio¹³.

Uno de los principios basales que debe garantizar el Estado es el debido proceso, que “refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho”¹⁴. Éste, en su construcción internacional, en especial en el sistema interamericano, cobra importancia por tener efectos en la legitimidad con que el Estado aplica su normativa jurídica¹⁵.

La información que se va incorporando al proceso penal es la sustancia configuradora que lo determina. De ahí la importancia del qué, quién y cómo se incorpora. Bajo el proceso penal acusatorio, el Ministerio Público tiene un rol central en la incorporación de la información. Por otro lado, para un adecuado equilibrio, la defensa debe tener la posibilidad de influir en la información que se adjunta, de defenderse y poder contradecir la prueba¹⁶ en

¹¹ Getos sostiene que “es fácil advertir que no existen posiciones de consenso, existiendo una amplia brecha entre aquellos que defienden enérgicamente el respeto a los principios esenciales del derecho y aquellos otros que propugnan una represión fuerte recurriendo a cualesquiera tipo de medidas”. Op. cit. 14p

¹² Sobre el debate de cómo encontrar el equilibrio entre seguridad y libertad en la denominada “lucha contra el terrorismo” ver JAKAB, András. 2012. Incumplir la constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. (35): 413-435.

¹³ Para una exposición de los modelos, principios y su vinculación con la legitimación en HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. XXXX. Derecho Procesal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. I: 31-102.

¹⁴ MATURANA M. Cristián y MONTERO L. Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. 1ª ed. Santiago. Legal Publishing. Tomo I. 29 p.

¹⁵ Para entender la importancia que el sistema internacional de derechos humanos, especialmente el sistema interamericano ha tenido en la construcción del debido proceso y como se vincula con el derecho a defensa y contradicción en referencia a la ley 18.314 ver MEDINA, Cecilia. Informe en Derecho <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5247.pdf>> [consulta: 5-marzo-2017]

¹⁶ MONTERO, Juan. 2006. El significado actual del llamado principio acusatorio. En: GOMEZ C. Juan-Luis y GONZALEZ C. José-Luis (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch. p. 331. Así “El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial”.

igualdad de condiciones¹⁷. Este balance entre las partes se vuelve fundamental para el proceso acusatorio. Así la prueba de los hechos constitutivos del delito imputado no debe escapar a dicho equilibrio, de lo contrario se afectaría el derecho a defensa.

El juez absuelve o condena de acuerdo a la valoración que realiza de la prueba presentada en el juicio. Así si llega a la convicción de que el imputado es culpable, condenará; por el contrario si se le presenta una duda razonable, lo absolverá. Esto lo hace según la sana crítica, lo cual significa que debe respetar los principios de la lógica, la máxima de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En este sentido cada aspecto que influya en la forma y sustancia de la prueba, cobra relevancia al momento de ser considerada por el tribunal.

En consecuencia, si se limita la capacidad que tiene la defensa a participar en la elaboración y presentación de la información que el tribunal tendrá a la vista para juzgar al imputado, se vulnera sensiblemente el debido proceso y con esto la legitimidad de un Estado.

1.1.3. La prueba testimonial y la conainterrogación.

Como afirma el profesor Carocca, “probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación”¹⁸ y se requiere esta actividad en el proceso penal “porque quien debe pronunciar la decisión sobre absolución o condena frente a una acusación es un tercero, que no ha presenciado los hechos y que por lo tanto debe ser convencido de la efectividad de las afirmaciones que efectúa el acusador y, eventualmente el acusado”¹⁹.

Dentro del abanico de medios probatorios con que cuenta el proceso penal se encuentran las fuentes personales, “es decir, la llamada al proceso de una persona para proporcionar sus conocimientos sobre los hechos debatidos”²⁰. Estas fuentes “son las que están sujetas a mayores contingencias, por la facilidad con que se puede influir en la fuente

¹⁷ MONTERO, Juan. Op. cit. pp. 334-335. Este principio de igualdad de las partes, contemplaría el principio de contradicción y requeriría “conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Este principio es autónomo y se integra en dos aspectos: [...] 2.º) [...] igualdad de las partes en el proceso, de las distintas partes, sean acusadoras o acusadas, ante la realización de actos procesales pero ya en un proceso concreto. Conforme a esta igualdad el tribunal ha de actuar reconociendo a todas las partes medios parejos de ataque y defensa. Naturalmente esta igualdad tiene especial sentido en la segunda fase o de juicio oral, en la que tiene que ser evidentemente plena, pero admite modulaciones o excepciones en la primera fase [...] por razón de la propia actividad investigadora que en él se realiza.”

¹⁸ CAROCCA P. Álex. 2005. Manual El nuevo sistema procesal penal. 3ª ed. Santiago. Lexis Nexis. 231 p.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ MORENO C, Víctor. 1999. La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español. En: Revista Penal de la Universidad de Huelva. (4): 59.

probatoria, o cambiar el contenido de sus manifestaciones”²¹. Es por esto que la oralidad y la inmediación en las audiencias se vuelven significativas, ya que al saber que sus declaraciones pueden contribuir a una condena o absolución, los sentimientos de los testigos pueden variar y con ellos el sentido mismo de sus manifestaciones incluso llegando a tomar partido²².

El testigo, quien está obligado a comparecer y declarar²³ “es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos o subsiguientes al acontecimiento delictivo”²⁴.

El grado de credibilidad que pueda atribuirse a su declaración y la mayor o menor necesidad de corroborar sus dichos con otros medios de prueba, depende de la inmediación del declarante con la fuente de su conocimiento²⁵.

Vemos entonces que para la valoración del testimonio, la persona del testigo y sus circunstancias son fundamentales, de ahí que la proximidad entre éste, su declaración y el juez al momento de rendir la prueba en la audiencia sea cardinal²⁶. De esto, se deduce también que para la defensa, la posibilidad real y efectiva de participar en dicho acto deviene igualmente crucial y será, a través del contrainterrogatorio que se dará esa oportunidad, siendo las circunstancias personales del testigo, uno de los aspectos más relevantes que utilizan los litigantes para restar credibilidad a la declaración²⁷.

1.2. Las medidas de protección al testigo.

1.2.1. Concepto y naturaleza de las medidas de protección al testigo.

Las medidas de protección al testigo son: herramientas del proceso penal que permiten “brindar seguridad o proteger al testigo, siempre con el fin de poder obtener un

²¹ Ibíd. p. 59.

²² Ibíd. pp. 59-60.

²³ Salvo las excepciones legales (arts. 300, 302 y 303 del Código Procesal Penal).

²⁴ HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Op. Cit. Tomo II. p. 273.

²⁵ Ibíd. p. 274. Así se distingue por ejemplo entre testigos presenciales y de referencia, cuya declaración el tribunal valora de manera diversa.

²⁶ Refiriéndose a la inmediación y oralidad como “fundamental para producir la convicción del tribunal sobre los hechos debatidos, pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos y las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración” Ibíd. p. 286.

²⁷ LITIGACIÓN ESTRATEGICA en el nuevo proceso penal. BLANCO, Rafael “et. al”. 2005. Santiago. Lexis Nexis. p 206. “Uno de esos objetivos, que aquí denominamos metas del contrainterrogatorio, es buscar aquellas “debilidades personales” del testigo o perito. Para ello es imprescindible saber con precisión no solamente la identidad de cada uno de los testigos y peritos de la contraparte, sino que es fundamental averiguar los posibles lazos que unen a esa persona con los hechos y con los demás intervinientes, utilizar la memoria histórica para registrar la posible participación de ese testigo o perito en otros juicios, vinculaciones familiares, de amistad, de negocios con los intervinientes, etc.”.

testimonio fidedigno y útil que es el principal interés de la investigación”²⁸. Estas medidas “deben estar estructuradas con el respeto a un sistema de garantías que, por un lado, tutelen de manera efectiva los derechos e interés de los testigos, asegurando el respeto de sus derechos fundamentales (resguardando especialmente su libertad, su integridad física y moral, la intimidad personal y la propia imagen), pero protegiendo también los derechos de los inculpados, esencialmente el principio de contradicción (interrogar a todas las personas con conocimiento de su identidad), el principio de publicidad (...) y el principio de defensa (...)”²⁹. Estas medidas encuentran su motivación en la obligación que recae sobre el testigo de declarar en el juicio y decir la verdad, colaborando en consecuencia con la administración de justicia. Sin embargo, en ciertas ocasiones, éste se expone a un peligro de daño por ese hecho y para poder declarar deben poder confiar en las autoridades³⁰. Para evitar que se produzca esta situación injusta con quien coopera en el juicio es que se le asegura su protección.

Así el Ministerio Público tiene el deber de procurar la debida protección del testigo, siendo este un imperativo constitucional³¹, entregando el ordenamiento jurídico chileno una serie de herramientas tanto en el proceso penal común como en leyes especiales. Estas medidas pueden clasificarse dependiendo de si se buscan o no la reserva de identidad del testigo.

1.2.2. Medidas de protección sin reserva de identidad.

Son múltiples y variadas, pueden complementarse entre sí, cubriendo distintos ámbitos y necesidades de protección. No es del caso describirlas todas ni entrar en detalles, no obstante es menester entender que la reserva de identidad no es la única medida de protección disponible, es más, por su naturaleza debe ser la última en utilizarse.

²⁸ SANTOS A. Jesús y DE PRADA, Mercedes. 2012. Protección del testigo en procesos de terrorismo. En: BACHMAIER, Lorena (coord.). Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons. P. 146.

²⁹ Ibíd. pp. 156-147.

³⁰ “Los testigos necesitan tener la confianza suficiente para ofrecerse a ayudar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento. Necesitan tener la certeza de que recibirán apoyo y protección contra la intimidación y los daños que pueden tratar de infligirles los grupos delictivos para intentar disuadirlos de que cooperen o castigarles por hacerlo” (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. 2008. Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Nueva York. < [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20\(S\).pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20(S).pdf)>. [consulta: 06-marzo-2017]).

³¹ Art. 83 de la Constitución Política de la República.

La ONU entrega una buena panorámica de las distintas medidas que pueden adoptarse a este respecto³², distinguiendo entre la asistencia más bien psicológica a testigos que por alguna razón pueden ser vulnerables³³ y las medidas alternativas para los casos más graves. Así, para los casos de amenazas, cuando no peligre la vida, puede aplicarse el denominado reforzamiento policial, dentro del que se incluyen las siguientes alternativas:

- a) Cambio temporal de residencia al hogar de un familiar o una ciudad cercana;
- b) Protección personal, patrullas sistemáticas en torno a la casa del testigo, escolta de ida y vuelta al tribunal y facilitación de contactos de emergencia;
- c) Acuerdos con la compañía telefónica para cambiar el número de teléfono del testigo o asignarle uno que no aparezca en el listín;
- d) Supervisión del correo y las llamadas telefónicas;
- e) Instalación de dispositivos de seguridad en el hogar del testigo (como puertas, alarmas o vallas de seguridad);
- f) Suministro de dispositivos electrónicos de alarma y teléfonos móviles con números de emergencia;
- g) Minimización de los contactos públicos con policías uniformados;
- h) Utilización de instalaciones discretas para entrevistar e informar al testigo.”³⁴.

Dicho manual también expone otras medidas procesales para evitar intimidaciones durante la declaración tales como: utilización de la declaración del testigo formulada en la fase de instrucción, en lugar de un testimonio prestado ante el tribunal; presencia de un acompañante como apoyo psicológico; testimonio mediante televisión en circuito cerrado o videoconferencia; distorsión de la voz o el rostro; desalojo del demandado o del público de la sala de audiencia³⁵. Se sostiene que estas medidas deben configurar un sistema armónico e integral, compuesta por equipos de profesionales bien preparados a través de un programa de protección de testigos y víctimas, y no medidas aisladas que dependan de criterios individuales e improvisados. Dándole así sentido y confianza no solo al testigo que coopera con la administración de justicia sino también a la sociedad entera. Se considera que un programa bien diseñado en base a éstas y otras medidas análogas dejarían a la reserva de identidad del testigo de cargo como un recurso realmente excepcional.

³² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2008. Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Nueva York.

³³ Niños, adolescentes o adultos que necesiten algún tipo de atención especial.

³⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Op. cit. pp.34-35.

³⁵ *Ibíd.* p. 37.

1.3. La reserva de identidad del testigo.

1.3.1. La reserva de identidad en el proceso penal.

La reserva de identidad es una medida que puede ser decretada por el Ministerio Público durante la etapa de investigación o en la etapa de juicio por el Tribunal, frente a la solicitud de aquel.

En la etapa investigativa, por su naturaleza sirve para la efectividad de esta fase. Es utilizada para evitar la destrucción o manipulación del testimonio a través de amenazas a la persona del testigo, a su familia, a sus bienes o por otro tipo de peligros a que guarden relación con su identidad. En cambio, durante el juicio oral se utiliza para ocultar la identidad del testigo a la defensa, siendo su declaración una prueba de cargo, o sea que ayudará a fundamentar una sentencia condenatoria.

Asimismo, las medidas de reserva de identidad pueden ser parciales o totales. La primera es aquella que mantiene algunos datos de la identidad en reserva, como por ejemplo la omisión de informar el domicilio del testigo con el fin de evitar su búsqueda y hostigamiento. La segunda por su parte, es aquella en que la reserva de la información de la identidad del testigo es integral y se mantiene completamente oculta. Se encubre la información relacionada a su nombre, apellido, profesión u oficio, domicilio y en general cualquier dato que pueda conducir a descubrirla, siendo este un límite poco claro. Esto es especialmente problemático al momento de declarar en la audiencia de juicio ya que las preguntas del contrainterrogatorio se pueden ver fuertemente limitadas por considerarse que pueden llevar a deducir dicha identidad.

En la etapa de investigación, esta herramienta no reviste los mismos efectos que al momento de rendir el testimonio durante el juicio frente al tribunal, pues en esta instancia busca tener efectos en una sentencia condenatoria que es producto de un proceso acusatorio donde la defensa tiene el derecho de controlar la prueba a través de una contrainterrogación. Se modifica su objeto; cambia su esencia, deja de ser un antecedente en la investigación y pasa a ser una prueba de cargo. La eficacia que se busca es la de obtener una sentencia condenatoria, no sustanciar la investigación. En adelante se entiende testigo protegido, como sinónimo de testigo anónimo, como prueba de cargo.

1.3.2. Aproximación a una lógica ontológica de la reserva de identidad del testigo³⁶: ¿Qué es un testigo anónimo de cargo?

El sentido común y las ideas hegemónicas apuntan a considerar la reserva de identidad del testigo como una medida de protección personal al deponente, ungiendo a esta herramienta procesal con un hálito de bondad al fundamentarla en el resguardo de la vida, la integridad física y psíquica, la seguridad, la tranquilidad, entre otras. Sin embargo, a pesar de estas ideas declaradas, se considera necesario hacer un análisis de la lógica que existe tras la norma, dentro del contexto en que se aplica.

Está asentado en la doctrina que el uso de esta prueba limita el derecho a defensa, existiendo discusión respecto de en qué grado lo hace y si llega a vulnerarlo en su esencia.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que el “testigo anónimo” se incorpora en un determinado contexto, cuál es, el proceso penal acusatorio, el que está especialmente diseñado para obrar como una garantía para el imputado, no para proteger a la víctima, ni al testigo.

Durante la investigación, el testigo mediante su declaración aporta antecedentes o información. Pero, en el juicio su testimonio pasa a convertirse en una prueba. Como toda prueba es un medio para verificar las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio.³⁷ Es el Ministerio Público quien buscará una sentencia condenatoria, pero el proceso penal busca llegar a la llamada verdad procesal. Entonces la prueba busca aportar la mayor cantidad de información y de la mejor calidad, ese es su sentido. Una prueba que verifica detalles no importantes de forma confusa será una mala prueba y probablemente ni siquiera llegue a ser considerada. Específicamente, la presentada por el fiscal, tendrá su realización plena, llegará a su clímax si logra en la mayor de las medidas posibles conducir al juez a la convicción necesaria para condenar al imputado, esa es su apetencia, por eso se le llama prueba de cargo, de ahí se entienden los controles que debe hacer la defensa.

La admisión de un testimonio aportado por un “testigo anónimo” se funda en el supuesto contra fáctico de que es posible romper el vínculo existente entre el productor – persona del testigo- y el producto –declaración-. Se produciría un proceso de extrañamiento el cual tiene como resultado una declaración totalmente ajena a la persona del testigo. Así los que defienden el uso de esta herramienta en el proceso penal consideran que la defensa puede hacer un limitado, pero adecuado control de la prueba y que el contrainterrogatorio

³⁶ Lo que considero como una inspiración para a escribir este capítulo. PEREZ S, Carlos. 2012. En defensa de la lógica ontológica. [en línea] <www. <https://www.cperezs.org/?p=205>> {consultado: 06-09-2017}

³⁷ HORVITZ, María Inés. citando a Couture. Op. Cit. p. 65.

(del testigo) no se ve afectado en su esencia tomando solo en cuenta su declaración y no a la persona o fuente de la que ésta emana.

En consecuencia, la lógica ontológica del testigo anónimo implica la destrucción del vínculo productor-producto, lo que se aprecia con claridad cuando la declaración se separa completamente de la persona del testigo, es decir, cuando es totalmente imposible averiguar quién es el testigo. La apetencia tras esta lógica es que se contrainterrogue la declaración misma, con prescindencia de la persona. Es decir, la construcción teórica o ideal de una declaración que habla por sí sola.

Siguiendo esta lógica, no solo la ignorancia de la defensa es deseada, sino la de todos los intervinientes del proceso, que ni siquiera el juez supiera la identidad. Si la defensa puede apreciar, adecuadamente la declaración, ignorando la identidad de quien declara ¿por qué el juez no podría hacer lo mismo? ¿Por qué el fiscal debiese saber la identidad y no solo trabajar con la declaración? Cualquier filtración de información que conduzca a la identificación del testigo es un punto débil. Es justamente el quiebre de este vínculo lo que ha sido llamado protección. Como el rompimiento del vínculo productor-producto es contra fáctico, éste alcanza sólo a la defensa, pues en un sistema donde impera la sana crítica y el juez debe llegar a una convicción más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del imputado, no sería posible sostener que el testimonio no produjera dicha duda en el juez, volviéndose así una prueba ineficaz para probar culpabilidad. Sin embargo, afecta la valoración de la prueba realizada por el juez, ya que de todas formas el quiebre afecta a la defensa quien tiene que trabajar con supuestos contra fácticos en el control de la prueba, extendiendo su influjo a las consideraciones del juez.

En resumen, en la lógica de la declaración del testigo anónimo como prueba de cargo, existen dos fuerzas matrices. La primera, como toda prueba de cargo, dar de la forma más eficaz y en la mayor medida posible información conducente a la incriminación del imputado. La segunda, como prueba en particular, lograrlo ocultando en la mayor medida posible el vínculo entre la persona del testigo y la declaración, de preferencia rompiéndolo.

La producción histórica de esta prueba es anterior al proceso penal acusatorio. Se construye bajo el amparo de un sistema inquisitivo,³⁸ cuyos principios son diametralmente opuestos al primero. De ahí que en el régimen inquisitivo, siendo acusador y juez uno solo, el testigo anónimo sea usado con mayor congruencia, pues en éste la contradicción e

³⁸ Para una relación histórica de la reserva de identidad, los delitos de lesa majestad (antecedentes del terrorismo) con el sistema inquisitivo, ver GUZMÁN D, José Luis. 2015. Caso "Norín Catrimán y otros contra Chile". Prueba de los hechos de terrorismo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: VARGAS P, Tatiana (dir.). Casos destacados Derecho Penal. Parte General. Santiago. Thomson Reuters. Legal Publishing Chile. pp. 450-459.

inmediación no tienen existencia como elementos esenciales, siendo el ocultamiento de la identidad del testigo a la defensa un aspecto que no atenta, en la misma forma que en un sistema acusatorio, contra dicha lógica debido a que no se consideran los derechos y garantías que un proceso penal acusatorio sí entiende como esenciales. Así para un sistema inquisitivo no es tan llamativo el quiebre existente entre testigo y declaración, pues la intermediación y contradicción no existen, dándose de forma más “natural”, a través de la escrituración, el trabajo probatorio únicamente sobre la declaración. En consecuencia, el testigo anónimo responde a la lógica en que nace y se desarrolla, la cual es la inquisitoria. Este sistema inquisitivo de actuación del derecho penal por los tribunales no podría llamarse un proceso propiamente tal³⁹. Suponiendo el proceso un tercero imparcial que resuelve el conflicto entre dos partes en pie de igualdad, la lógica inquisitoria atentaría de forma esencial contra ésta concepción. El ocultamiento de la identidad del testigo de cargo se vuelve especialmente relevante cuando se desenvuelve en un proceso penal acusatorio por la vulneración de los principios esenciales que implica.

A pesar que el sistema acusatorio es puramente teórico o ideal, y que en la práctica no existen procesos penales acusatorios “puros”, a través del conjunto de principios que aquel consagra sí es posible encontrar manifestaciones que pueden ser identificadas claramente con dichos principios, pudiendo distinguirse un proceso penal acusatorio de uno que no lo es.

Si bien el proceso penal es una serie de actos, estos son una distinción interna. El ser de dicho proceso es un solo todo. Para que un proceso penal pueda reconocerse como acusatorio supone una congruencia e identificación, como un solo todo, con un sistema de principios específicos. No se trata de ser incapaces de realizar distinciones categóricas dentro del proceso, sino más bien de tener la capacidad de encontrar y a la vez constituir el ser del proceso, solo así se puede decir, ese proceso es acusatorio. En consecuencia, pretender sostener que dentro del proceso penal acusatorio se injerta una prueba construida sobre la base lógica inquisitoria es un error lógico. Se entraría a una especie de cálculo, considerando cuantos tipos de actos inquisitorios u acusatorios tiene la serie para poder determinar la naturaleza de ésta, para obtener el resultado necesariamente tendría que establecerse un criterio arbitrario en el cálculo, ej. Un acto; dos; la mitad; la mayoría, etc.⁴⁰

³⁹ Esta distinción conceptual se encuentra en MONTERO, Juan. Op cit. p. 319. Para este autor el sistema inquisitivo no cumple con “la esencia procesal de que ante un tercero imparcial comparezcan dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo [...]”. En consecuencia, sería un error conceptual plantear un proceso inquisitivo.

⁴⁰ Es la popular paradoja de cuantos pelos necesita un calvo para dejar de serlo.

Más aún si tomamos en cuenta que el acto en cuestión es la prueba y ésta está lejos de ser estática, pues debe influir subjetivamente en el juez.

Las limitaciones que se le impone al uso de esta prueba en un proceso penal acusatorio no son más que la traza que le da su existencia, se objetiva la prueba internamente y lejos de aislarla precisamente se la incluye y constituye, dándole al *ser* del proceso una esencia distinta. El testigo anónimo no contamina un proceso acusatorio, sino que lo convierte en una categoría distinta, un neo-proceso. Así podremos distinguir un proceso penal acusatorio de uno que no lo es, justamente por el hecho de incluir en él un elemento que responde a una lógica contraria a su esencia.

La lógica que tiene un proceso acusatorio de producir la verdad se contrapone directamente y de forma excluyente de la lógica que tiene el testigo anónimo de producirla por el supuesto contra fáctico en el cual opera.

Se sostiene entonces, que el proceso penal que admita como válida una prueba cuya lógica atente contra la esencia misma de la contradicción, no podría llamarse acusatorio, por más que se realice una audiencia, por más que se le dé a la defensa la oportunidad de “contrainterrogar” la declaración. Un proceso así, sería cualquier otra cosa menos acusatorio, sería una especie de neo-proceso, llámesele como quiera.⁴¹

La inobservancia de esta lógica, lleva a una permanente expresión de las contradicciones. Un descalabro empírico. Se manifiestan en todos los ámbitos. Por ejemplo, el juez al creer que está frente a un proceso penal acusatorio (una concepción lógicamente errónea) intenta llegar a una convicción fuera de toda duda razonable ¿Cómo se puede hacer frente a un testigo anónimo? Dándole al juez la identidad del testigo, así acusador y juez vuelven a fusionarse en la cofradía del secreto. De ignorar la identidad del testigo, es dable pensar que el juez valorando según sana crítica, se cuestione sobre la credibilidad del testigo (duda razonable). Se elige uno u otro.

Con la defensa pasa igual, el contrainterrogatorio no puede develar la identidad del testigo, sin embargo se debe trabajar con la declaración, ¿Cómo da cuenta de sus dichos un testigo anónimo? ¿Dónde está la línea que separa la identidad de la declaración? Es fácil darse cuenta que hasta la más mínima pregunta del defensor puede dar pista de la identidad, si se la quiere interpretar así ¿Por qué estaba en el lugar de los hechos, era vecino, trabaja allí? Nuevamente, se debe optar por el derecho a defensa o por el anonimato del testigo. Ninguna puede ejercerse plenamente sin el abandono de la otra. No se trata de

⁴¹ No se pretende entrar a discurrir sobre el derecho penal de enemigo, sin embargo el uso de esta lógica termina por acercarse a una constatación de pretensión del ordenamiento jurídico de procurar la existencia de dos sistemas distintos de aplicación del derecho penal.

ignorar el necesario balance entre dos derechos, sino más bien de entender que la herramienta utilizada no responde a la lógica del proceso que se dice desarrollar y que por eso aparece el conflicto.

Con el fiscal es igual. Necesita la mejor de las declaraciones, con la mayor información posible, de la forma más circunstanciada ¿Cómo hacerlo sin exponer al testigo y sin olvidar, por supuesto lo acusatorio del proceso? Debe optar y algunas veces en el afán de probar se olvida de *“la protección del testigo”*.⁴²

Un proceso penal, cuya característica acusatoria puede disponerse por algún interviniente, simplemente no es acusatorio. El uso de la reserva de identidad dispone de esa característica.

⁴² Veremos más adelante la inocuidad de esta “medida de protección”. Llegando incluso a sostenerse por la propia policía su poca efectividad al momento de resguardar la identidad del testigo. Ver INFRA. 3.3.4.

CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

La medida judicial⁴³ de reserva de identidad de testigos protegidos que declaren en procesos en que se investiguen conductas calificadas como delitos terroristas está regulada en los art. 16 y 18 de la ley N° 18.314. Asimismo en estos casos es aplicable lo dispuesto en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal.

A continuación se describe el contenido de las normas y se da cuenta de sus antecedentes. Además, se hace un breve análisis de las mismas, en particular exponiendo el conflicto que generan frente al derecho a la defensa y como ello afectaría la valoración de la prueba en el proceso penal, centrándose en el estado actual del debate acerca de la admisibilidad de la reserva de identidad.

2.1. Contenido.

El art. 16 de la ley N°18.314 permite que al tribunal “decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación”. Asimismo, puede “decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio”. Por su parte el art. 308 del CPP faculta al tribunal para que “en casos graves y calificados”, disponga de medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo, “las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de vídeo conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público”.

Es importante destacar que en el régimen común se establecen requisitos de excepcionalidad para la procedencia de la medida que no existen en el caso de los procesos por delitos calificados como terroristas, al disponer que la reserva de la identidad del testigo sólo procede en casos “graves y calificados”⁴⁴, a lo que se suma que estas medidas solo

⁴³ El artículo 15 de la ley N°18.314 y el artículo 307 del Código Procesal Penal facultan la Ministerio Público para que dispongan de medidas de reserva de identidad de testigos durante la investigación. Estas disposiciones no son analizadas en este trabajo, puesto que éste sólo se refiere a la valoración que el tribunal realiza de las declaraciones de testigos protegidos con reserva de identidad durante el juicio mismo.

⁴⁴ El inciso final del art. 308 del CPP, dispone que: “Se entenderá que constituye un caso grave y calificado aquel en que la solicitud se fundamente en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del

“durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere”. Esto puede ser considerado un reflejo más de la rebaja del estándar en las garantías del debido proceso, propio de la persecución de los delitos terroristas y que como se señaló en el capítulo primero se considera contrario a los principios de un Estado de Derecho democrático.

2.2. Antecedentes.

La ley 18.314 fue promulgada el 16 de mayo de 1984 bajo el régimen militar y respondía a la necesidad de controlar y reprimir la disidencia y protesta social contra éste⁴⁵. Daba competencia para conocer de estos delitos a los tribunales militares, la Central Nacional de Informaciones contaba con facultades especiales, se establecieron procedimientos especiales, entre otros. Asimismo en su artículo 15 prescribía el secreto de las declaraciones y de la individualización del testigo cuando resultare conveniente para la investigación, manteniéndose estos en cuadernos separados con carácter confidencial, teniendo solo acceso el tribunal que conociere del asunto y el al que correspondiere el fallo de algún recurso. Sin embargo, con todo, expresaba la norma que estos antecedentes debían ser dados a conocer al inculpado o reo para una adecuada defensa al momento de notificársele la acusación.⁴⁶

Luego del plebiscito y en el marco de lo que se denominó las Leyes Cumplido se reformó dicha ley para intentar adecuarla con las convenciones internacionales y principios propios de un Estado democrático de derecho. En el proyecto de la ley 19.027 se disponía la derogación de los artículos 15 y 16 por contravenir los principios de un justo y racional proceso⁴⁷ lo que finalmente no prosperó.

Con el advenimiento de la reforma procesal penal se adecuaron al nuevo sistema un conjunto de leyes, una de las cuales fue la N° 18.314, así la ley N° 19.806 del año 2002 incorporó una la modificación de extender el uso del secreto hasta el juicio oral, lo cual en la ley original del régimen militar se encontraba expresamente descartado. Toda la modificación a este respecto se realizó en definitiva reforzando el régimen de protección contemplado en

artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio.”

⁴⁵ De ahí que la finalidad exigida para los crímenes y simples delitos haya sido revolucionaria o subversiva. Véase Historia de la Ley N° 18.314.

⁴⁶ Véase anexo cuadro normativo artículo 15 del proyecto original.

⁴⁷ Véase Mensaje presidencial de la historia de la ley N° 19.027. BCN.

el Código Procesal Penal y bajo la influencia de la ley de drogas⁴⁸, la cual también se aprovechó de modificar en este sentido, fuera de la tramitación propia de la ley N° 20.000⁴⁹. En definitiva la ley N° 19.806 detalló inorgánicamente algunas facultades del fiscal para estos efectos, extendió el uso de estas y rebajó el estándar para la adopción de las medidas a un riesgo cierto para la integridad del testigo o su familia.⁵⁰

Posteriormente, en el año 2010 se promulgó la ley N° 20.467 la cual, en opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “no implicó una modificación sustancial que la hiciera compatible con dicho principio, [legalidad] ya que se trató de un cambio de estructura en la que se conserva una terminología idéntica a la anterior y que las alteraciones se redujeron al orden de las frases y conectores utilizados para unir las tres hipótesis respecto de la finalidad terrorista”⁵¹. A pesar de esto, se restringió aún más la posibilidad de conainterrogación de la defensa incorporando la prohibición de realizar preguntas que impliquen un riesgo de revelar la identidad del testigo⁵². Parece un contrasentido que esta norma se haya presentado al parlamento aduciendo fortalecer el derecho a conainterrogar y de defensa como se puede ver tanto en el mensaje del ejecutivo como en las discusiones en sala.⁵³

⁴⁸ “Artículo 15, 16 a 20, nuevos, y 16

La Comisión analizó el tema de la protección de los testigos, advirtiendo la necesidad de establecer en estos procesos relativos a conductas terroristas, al igual que se acordó instaurar en los relacionados con drogas, normas legales que tiendan a brindarles una mayor protección que la general prevista en el Código Procesal Penal.

Con tal propósito, reemplazó el artículo 15 e incorporó otros cinco nuevos artículos a la ley, numerados del 16 al 20. El actual artículo 16 pasó a ser 21.

Esas enmiendas se aprobaron por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión HH. Senadores señores Chadwick, Díez, y Silva.” BCN Historia de la ley N° 19.806, Segundo Trámite Constitucional: Senado, primer informe comisión Constitución. p. 362.

⁴⁹ “Por recomendación del señor Fiscal Nacional, respaldada por el Ministerio de Justicia, analizamos dos materias que en principio habíamos pensado dejar entregadas a los proyectos (en actual trámite) que las modifican: la ley de alcoholes y la ley de drogas. La importancia de tener resueltas legalmente distintas cuestiones que suscitan dudas de aplicación frente a la reforma procesal penal, invocada por el Ministerio Público, nos llevó a introducir de inmediato los cambios que nos parecieron más apropiados, lo que no obstará, por cierto, a la revisión sistemática que se plantea en las iniciativas respectivas.

Las principales innovaciones que contemplamos respecto de esas leyes consisten, en el caso de la ley de drogas, en establecer reglas especiales sobre protección de los testigos y peritos, de manera que esta materia no quede entregada solamente a las normas del Código Procesal Penal, por la importancia que ella reviste y que el Senado lógicamente puede deducir”. Segundo trámite constitucional, discusión en sala. Palabra del señor Díez presidente de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento. BCN. Historia de la ley 19.806 p. 565. Es menester señalar que estas modificaciones se hicieron sin mayor debate en la sala debido al volumen de la reforma, esta mayormente fue acordada mayormente en las comisiones.

⁵⁰ Véase anexo ley N° 19.806.

⁵¹ STC CIDH p. 147.

⁵² Véase anexo ley N° 20.467.

⁵³ Según el mensaje uno de los objetivos que perseguía el proyecto era el “[p]erfeccionamiento a las normas sobre el derecho a defensa en los casos de testigos y peritos protegidos. Se perfeccionan las normas para la protección de testigos, peritos y cooperadores, fortaleciendo las posibilidades de interrogación de la defensa, todo ello en el marco de un debido proceso” Historia de la ley BCN p. 5.

2.3. Debate sobre la admisibilidad de la reserva.

Para efectos de este trabajo no es necesario entrar en mayores detalles sobre esta discusión doctrinal, sin embargo es menester para un adecuado entendimiento de esta herramienta realizar una reseña sobre el estado actual del debate, toda vez que muestran los principales argumentos esgrimidos para la aplicación de dicha norma.

2.3.1. Los centros del debate en Chile⁵⁴.

El debate doctrinal en Chile, hasta hace pocos años se movía entre dos centros temáticos. El primero está constituido por la protección a la vida e integridad física del testigo y se recurre a él al momento de la justificación de la reserva. Su gravitación está dada por ser la única razón por la cual se tolera dicha norma. Sin embargo, en este centro no se discute el contenido del derecho del testigo a la protección de su vida e integridad física, más bien se defiende, a través de una exposición normativa, que la ley obliga a protegerlo y que permite hacerlo a través de su anonimato en determinados casos. En casos de existir discusión, ésta no se da respecto del derecho del testigo, sino de la facultad del Ministerio Público de utilizar dicha herramienta, aduciendo que conlleva una vulneración al derecho de la defensa. La cual se estima una discusión externa del núcleo, pues es la facultad la que está determinada por la protección y no al revés, se tiene la facultad de reservar la identidad para proteger, no existe la protección para que el fiscal tenga la facultad de reservar la identidad, por lo que discutir sobre la facultad que tiene el Ministerio Público, no cuestiona el deber que tiene éste de proteger a esas personas, y como el argumento tiene un carácter legalista, termina primando y limitando así el derecho del imputado.

⁵⁴ Para interiorizarse en más detalle sobre la discusión doctrinal de la admisibilidad ver los textos de Mauricio DECAP F, Mauricio. “De la contraposición entre la protección de víctima y testigo y el derecho a defensa”. En: Revista de Derecho. Universidad Católica de Temuco. Número III., el cual expresa los principales puntos conflictivos que se dan de la contraposición entre la protección de víctimas y testigos y el derecho a defensa, sin entrar en un análisis de jurisprudencia que ha aplicado la norma. Así también, CRUZ C, Andrés. 2014. Admisibilidad de la medida de protección de la reserva de identidad en el proceso penal. En: Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 235-236, aborda la admisibilidad de la medida de protección de la reserva de identidad de testigos en el proceso penal, tomando la jurisprudencia, pero cuyo razonamiento y conclusiones se encuentran por lejos de coincidir con la hipótesis de este trabajo. Otro de los trabajos que aborda la admisibilidad del testigo, es el RIOS L, Erick. La admisibilidad de la declaración de testigos desconocidos por la defensa. [en línea] <http://w1.cejamericas.org/congreso10a_rpp/ERIOS_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf>, quien hace un análisis desde el punto de vista de la práctica y de los intereses que están en juego.

No es difícil advertir que las posturas que admiten y defienden la aplicación de la reserva se centren y ensalcen este núcleo de ideas. Así, en ciertos momentos del debate pareciera que el objetivo no es probar determinado hecho en el proceso penal, sino más bien, sustanciar un proceso penal para adoptar medidas de protección a las personas de los testigos, olvidando que el diseño de dicho proceso está orientado a proteger en primer lugar las garantías del imputado.

El segundo centro, está dado por el derecho a contrainterrogar al testigo. Lo que se entienda por éste y su vulneración, sustanciarán el debate de la admisibilidad⁵⁵. Aquí no se discute si el imputado tiene o no derecho a defensa y con ello a contrainterrogar al testigo, más bien se discute el contenido de dicho derecho, cuál es su esencia y si ésta se vulnera o no. La importancia de este núcleo reside en el efecto que puede llegar a tener una postura demasiado laxa y vaciar el derecho a contrainterrogar. Es en este punto donde se desarrolla mayormente la discusión y las posturas varían según el alcance que le den a dicho derecho.

Pese a existir ambos centros temáticos, al cuestionar la utilización de la reserva se aduce una vulneración al derecho de defensa, al tener el primer centro temático una naturaleza expositiva y legalista el debate terminará centrándose en el contenido del derecho de la defensa. No se mantendrá la discusión en el primer centro, pues ésta se reducirá a: la ley lo permite y no afecta el derecho a defensa.

Esta dinámica se transforma en una carga para la defensa, quien para cuestionar la utilización de los testigos anónimos deberá acreditar el contenido esencial de su propio derecho a defensa. Junto con esto, la mantención del debate entre estos dos centros, naturaliza la visión de ser éste un conflicto entre derechos fundamentales⁵⁶ y como tal, cabe la limitación de uno frente al otro, mientras no se afecte ninguno de los dos en su esencia.

Así, algunos autores plantean que el límite de esta protección estaría dado por la posibilidad que debe tener la defensa de contrainterrogar al testigo⁵⁷. En consecuencia, el principal cuestionamiento del debate será si la adopción de la reserva de identidad llega a vulnerar o no el derecho a contrainterrogar al testigo y con ello el derecho a defensa. ¿Qué

⁵⁵ Autores como DECAP, Mauricio. Op. cit. y CRUZ C. Andrés. Op. cit. sostienen el debate de admisibilidad como un conflicto entre derechos fundamentales, por tanto, pueden verse limitados, uno en favor del otro, pero no en su esencia. Esta misma idea sigue el Ministerio Público, Cfr. MINISTERIO PÚBLICO. 2003. La víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. 1ª ed. Chile. Fallos del Mes Ltda. 200 p.

⁵⁶ El Ministerio Público es especialmente sensible a presentar el debate como un conflicto entre dos derechos fundamentales entre particulares. Véase FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 246. La reserva de identidad como medida de protección de los testigos. 27 de mayo de 2004. [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2006/1/D124D0746/4/material_docente/bajar?id_material=95213>

⁵⁷ DECAP. Mauricio. Op. cit. 89 p.

se entiende por éste?; ¿qué mecanismo de interrogación se pueden usar para hacerlo efectivo y al mismo tiempo garantizar el anonimato?; ¿hasta qué punto el desconocimiento de la identidad afecta el trabajo de conainterrogación de la defensa?; ¿la primacía de la declaración por sobre la persona que la declara?; serán temas recurrentes entre los cuales girarán los argumentos y razonamientos

Hace pocos años apareció un tercer centro temático, el cual elimina la idea que el derecho del testigo a ser protegido (primer centro) se contrapone al derecho del imputado de defenderse y conainterrogar (segundo centro). Arguyendo que lo que realmente se enfrenta es el derecho del imputado (individual) con la pretensión punitiva estatal (supraindividual)⁵⁸. El enfoque de Guzmán Dalbora, permite cuestionar, propiamente tal, el uso de la reserva de identidad en un debate donde, ya no entran en conflicto dos derechos fundamentales, sino en el cual existen los derechos fundamentales del imputado, los cuales no pueden limitarse por pretensiones punitivas estatales generales, solo pueden limitarse para proteger otros derechos, los que en el caso no entrarían en conflicto. Como consecuencia, habría un rechazo al uso de la reserva, pues se ven afectados principios penales que tienen un valor constitutivo y no derechos fundamentales que son mandatos de optimización sobre los cuales se pueden limitar uno u otro frente al conflicto⁵⁹.

2.3.2. El derecho de la defensa a interrogar a los testigos

Determinar cuál es el contenido de este derecho se ha vuelto el punto central de la discusión doctrinal. Para enriquecerla se acudirá a la construcción internacional ya que “[I]as diversas fuentes del derecho internacional de derechos humanos constituyen un corpus juris internacional que desarrolla e interpreta las normas reconocidas en el ámbito de diversos sistemas de protección”⁶⁰ ofreciendo un buen punto de referencia al momento de discutir sobre algunas posturas y su concepción del contenido mínimo de este derecho.

⁵⁸ GUZMAN D, José Luis. Op. cit. p. 457. “El defecto de este razonamiento yace en los términos del conflicto. Lo que está en juego frente al derecho de defensa no es la persona del testigo. Hay muchos medios con que ponerla a salvo, y la legislación sobre el terrorismo es pródiga al respecto, incluyendo la posibilidad de que el tercero mude de nombre civil. En realidad, la situación no enfrenta dos intereses personales, sino los derechos del acusado con la pretensión punitiva estatal, o sea, un derecho individual con otro colectivo o supraindividual.”

⁵⁹ Ibídem. pp. 456-457.

⁶⁰ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública. Ley 18.314 frente a los Tratados Internacionales. 3 p. Este es el único de los trabajos que toma en cuenta el fallo de la CIDH en caso Norín Catrimán, caso paradigmático para entender las críticas que se le hacen a este tipo de prueba.

Así se considera que el art. 8 N°2 letra f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece “el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Tomando aquel precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶¹ ha señalado que dicho artículo consagra una garantía mínima materializando los principios de contradictorio e igualdad procesal.

En consecuencia, la Corte Interamericana, sosteniendo jurisprudencia anterior ha dicho que el examen de los testigos de cargo con el objeto de ejercer la defensa debiese hacerse bajo las mismas condiciones. Considerando que “[...]a reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada”⁶².

Asimismo hay jurisprudencia nacional, que al valorar la prueba testimonial con reserva de identidad la ha considerado atentatoria contra el precepto internacional.⁶³

2.3.3. La oportunidad procesal formal de contrainterrogación.

Se llamará oportunidad procesal formal, a aquella en la cual bastaría la sola concesión de un espacio-tiempo dentro del juicio oral para que la defensa pueda “contrainterrogar” al testigo anónimo para que se entienda que se da la posibilidad de ejercer el derecho a contrainterrogar. Lo esencial es la existencia de un espacio-tiempo, una declaración y la intervención de un contrainterrogador; con estos elementos se configuraría dicha oportunidad. Lo demás son cuestiones propias de la praxis.

⁶¹ En el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 242.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Así con la sentencia del primer juicio contra Patricia Troncoso y otros, en la cual en su considerando decimoséptimo estimó entre otros: “Los dichos de los testigos protegidos, amén de que su presentación y forma de prestar testimonio – con identidad mantenida en secreto, puesta a disposición de los defensores sólo al comenzar la audiencia, declarando tras un biombo y con distorsionador de voz - [...] su forma de testimoniar contraviene normas procesales contenidas en Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como son el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención americana sobre Derechos humanos[...]”

Desde este punto de vista poco importa las limitaciones y entorpecimientos integrantes de dicha oportunidad, factores como el anonimato de los testigos no son esenciales; eventualidades que deben tenerse en cuenta al momento de abordar, literalmente, a cualquier testigo. En consecuencia, lo efectivo y adecuado del ejercicio del derecho dependerá exclusivamente de la habilidad y talento del abogado defensor y éste por supuesto no es un elemento integrante y esencial de la oportunidad procesal. El derecho no se vulnerará mientras exista ese “espacio-tiempo” formal⁶⁴.

Este trasfondo sacrifica una visión más material de un efectivo ejercicio del derecho a contrainterrogar, para la cual los factores que inciden en la idoneidad de dicho espacio para que el abogado pueda hacerse cargo de manera efectiva y adecuada de la prueba de cargo serían un factor tan esencial como los otros. Esta no debe ser confundida con la idea de dejar que los tribunales en la práctica aprecien en el caso concreto si este efectivamente pudo ejercerse o no. Más bien las visiones formales o materiales son trasfondos de los cuales el juez desprende directrices que lo ayudan a determinar si se dio o no dicha oportunidad procesal.

2.3.4. La subrogación de la declaración sobre la persona que declara.

Dentro del segundo centro temático –contrainterrogación del testigo y derecho a defensa- las distintas posturas a favor de la admisibilidad del testigo tienen un elemento común. Es la centralidad que cobra la declaración del testigo para los efectos de la realización de la prueba. Para poder afirmar que la defensa tiene la posibilidad de contrainterrogar aun cuando ignore la identidad del testigo deben, todas las posturas necesariamente, recurrir a la subrogación de la declaración sobre el testigo, pues la persona de este termina siendo en último acto inaccesible para la defensa y de no operar esta subrogación se terminaría en el absurdo de estar interrogando una cosa –declaración-.

Es un espacio común reconocer que “[u]no de los aspectos más esenciales del contrainterrogatorio es trabajar sobre la credibilidad del testigo”⁶⁵, sin embargo la

⁶⁴ Un ejemplo extremo de este tipo de posturas son las famosas defensas con los ojos vendados en algunas causas llevadas ante tribunales militares. Formalmente se da un espacio, una oportunidad procesal para efectuar la defensa, sin embargo al vender los ojos a los abogados defensores se elimina todo tipo de ejercicio material de una efectiva y adecuada defensa.

⁶⁵ DECAP, Mauricio. “De la contraposición entre la Protección de Víctimas y Testigos y el Derecho a Defensa”. Diciembre 2002. Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho N° 111. p. 92.

excepcionalidad de la medida, la gravedad de los delitos y diversas necesidades mediante las cuales van suavizando esa esencialidad del derecho y sumado a un parcelamiento de los razonamientos⁶⁶, se llega a concluir que el derecho a conainterrogar se restringe o limita no esencialmente pues se cuenta con la declaración que es en definitiva lo importante.

En este sentido, la identidad del testigo no sería útil y no constituiría por sí solo material probatorio, lo relevante son los dichos del testigo en definitiva “[e]l derecho consagrado es a interrogar y conainterrogar a los testigos y presentar prueba de descargo, no siendo de la esencia conocer la identidad de la deponente, toda vez que el material probatorio relevante será el contenido de la declaración, por los principios de contradicción adversarial que funda el proceso penal⁶⁷.

3.2.5. La declaración anterior como antecedente suficiente.

Es tal la centralidad que cobra la declaración, que Decap llega a sostener que “si bien es cierto, formalmente la defensa no tendrá acceso a la información relativa a la identidad del testigo, materialmente podrá preparar el conainterrogatorio del mismo en función del contenido de sus declaraciones anteriores”⁶⁸ En consecuencia, para este autor “accediendo a los antecedentes de la investigación, la afectación del mencionado derecho o garantía constitucional de la defensa no opera en su esencia, ya que el testigo declarará en juicio, sujeto a las reglas del conainterrogatorio, para cuyos efectos el defensor preparará, con el antecedente de la declaración del testigo ante el fiscal, el contenido de ese elemento del debido proceso. Se posibilita así el ejercicio de la garantía judicial mínima, esto es, el control sobre la prueba de cargo. [...] el defensor se verá limitado a preparar un conainterrogatorio dirigido a controlar únicamente la credibilidad del testimonio de dicho testigo, su coherencia,

⁶⁶ Existe en la exposición de estas posturas una falta de sumatoria o hilo conductor en el razonamiento al momento de la exposición de todas las limitaciones o vulneraciones que se van produciendo con la aplicación de esta medida. Así empiezan por reconocer lo esencial que es conocer la identidad de quien declara y concluyen aceptando que es la declaración lo esencial y habiendo control de la declaración por parte de la defensa no se vulnera esencialmente el derecho a conainterrogar. Omiten o saltan el momento en el cual el vínculo entre testigo y declaración se rompe, parcelando así su razonamiento.

⁶⁷ CRUZ CARRASCO, Andrés. “Admisibilidad de la medida de protección de la reserva de la identidad de testigos en el proceso penal”. 241-242. Revista de derecho.

⁶⁸ DECAP, Mauricio. Op. cit. p. 101.

verosimilitud y consistencia con los demás antecedentes probatorios expuestos en el juicio⁶⁹. De esta opción se hace parte cierta jurisprudencia⁷⁰.

Aquí cabría aclarar que más que un conainterrogatorio habría una posibilidad de contraste de una declaración con otra, para ver si concuerdan, si son semejantes, pues la figura del testigo será totalmente ajena a cualquier consideración al momento de apreciar su declaración. Más que una conainterrogación es un ejercicio de contraste entre una declaración y otra, respecto al testigo lo que se termina por controlar es la buena memoria o la capacidad de reproducir lo más fielmente la declaración anterior. En ese sentido se estima una conainterrogación formal.

En consecuencia, se estima insuficiente el razonamiento expuestos por estas posturas que están a favor de la admisibilidad, toda vez que al decir de la Corte Interamericana “[p]ara que en un proceso se respeten verdaderamente las garantías judiciales protegidas en el artículo 8 de la Convención es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”⁷¹. No se entiende como siendo la identidad del testigo un elemento, catalogado por el propio Decap como uno de los más esenciales, sea luego prescindible y baste con su sola declaración anterior para el control de la prueba.

Sin embargo como veremos la Corte Interamericana admite la reserva bajo otros criterios y condiciones que actúen como un balance o compensación por las limitaciones que su aplicación produce.

Con todo y por lo general, la adopción de una postura en particular sea a favor o en contra de la aplicación de la reserva de identidad, como cualquier otro tipo de decisiones en materia de terrorismo, estará trazado por la pertenencia tanto al mundo de la seguridad como al mundo de las garantías fundamentales⁷². Corroborando la apreciación de GETOS se encuentra la opinión de Ben Emerson relator especial de la ONU para Chile quien en un aspecto más general y habiendo integrado la reserva de identidad en su estudio señaló que

⁶⁹ *Ibíd.* p. 102.

⁷⁰ V. gr. Sentencia del primer juicio en contra de Norín y Pichún. Considerando Decimotercero: “No resulta inoficioso señalar que respecto de los testigos con identidad reservada, signados N° 1 y N° 2 en el auto de apertura, inapropiadamente motejados por la defensa como “testigos sin rostro”, puesto que la ley procesal permite al tribunal otorgarles medidas de protección. Al no contar esa parte con sus testimonios, cabe recordar que en la misma audiencia se dispuso la entrega de sus declaraciones prestadas ante el Ministerio Público, resguardándose exclusivamente sus identidades; esta circunstancia permitió a la defensa conocer tales expresiones antes de que prestaran sus testimonios, por lo que esa parte no debió tener dificultad para el contra examen o para ejercer los derechos señalados en los artículos 309 y 332 del Código Procesal Penal”.

⁷¹ Sentencia Corte. Op. cit. p. 64. párr. 187.

⁷² Getos. Op. cit.

“[e]l único punto en el que todos coinciden es que la aplicación actual de la Ley Antiterrorista es insatisfactoria e incoherente. El Relator Especial no encontró ningún interlocutor (aparte de los fiscales) que expresara satisfacción con el actual estado de cosas”.

CAPÍTULO III. JURISPRUDENCIA.

En este capítulo se verá el comportamiento de la reserva de identidad a la luz de la jurisprudencia. Utilizándose en el ámbito internacional la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a nivel nacional, se utilizarán los casos más paradigmáticos. Sin perjuicio de que lo expresado en las sentencias será objeto de análisis, también en determinados casos las omisiones de algunos puntos serán consideradas, pues se entiende que los influjos de la reserva de identidad llegan más allá de lo que muchas veces se termina por expresar en éstas.

Así, para un correcto estudio de los efectos en la valoración, se estimará necesario en algunas oportunidades referirse a omisiones en la valoración del juez.

3.1. Antecedentes Generales.

3.1.1. La Corte Interamericana y sus criterios.

Se utilizará como marco de referencia la sentencia de 29 de mayo de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o Corte, en esta sección), llamada caso Norín Catrimán y otros. En esta sentencia la Corte resuelve sobre las vulneraciones a las garantías consagradas por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en una serie de casos llevados ante los tribunales nacionales por delitos de calificación terrorista.

En dos de esos procesos se utilizó la reserva de identidad para los testigos de cargo, a saber: el proceso penal llevado contra Norín Catrimán y Pichún Paillalao; y contra Ancalaf Llaupe. Éste último se sustanció según el procedimiento penal antiguo. Debido a las diferencias sustanciales con el proceso acusatorio, el caso de Víctor Ancalaf no será considerado en este estudio.

La importancia de dicha sentencia para estos efectos, es por un lado la que se produce en la esfera de legitimación. La Corte junto con otras cortes internacionales que gozan de igual prestigio, van construyendo una especie de estándar internacional en materia

de derechos humanos.⁷³ Parámetros que los Estados que participan en dichos instrumentos debiesen observar.

La condena contra el Estado de Chile por vulnerar los derechos fundamentales de estas personas que además tienen calidad de dirigentes de sus comunidades, dándose en un marco como lo es el conflicto chileno-mapuche, tiene una repercusión sustancial tanto en el ordenamiento jurídico⁷⁴ como en la legitimación de un Estado⁷⁵. Pues ésta pasa en parte por ajustar su ordenamiento jurídico a dichas recomendaciones y estándares. Además, se vuelve potencialmente lesivo, cuando tomamos en cuenta la extensión comunicacional del terrorismo⁷⁶.

Asimismo, no debe olvidarse el denominado bloque constitucional, por medio del cual los tratados internacionales ratificados por el Estado chileno se entienden pertenecerle a la propia Constitución.

Por otro lado, la Corte en sus consideraciones establece ciertos criterios que se deben respetar y observar como limitaciones, para poder considerar que el uso de la reserva de identidad no vulnera el derecho a defensa. Se tomarán estos criterios y a la luz de ellos se analizará la jurisprudencia nacional para así saber, si éstos han sido considerados al momento de la valoración de esta prueba.

3.1.2. Breve reseña judicial de los casos nacionales.

Junto con el marco de referencia de la sentencia de la Corte Interamericana se utilizarán los tres procesos por delitos de carácter terrorista más significativos donde se han utilizado testigos con reserva de identidad, que se enmarcan en el conflicto chileno-mapuche. Siendo éstos los siguientes: El primero de ellos es uno de los que conoció la Corte Interamericana, el denominado caso Norín y Pichún, el segundo es el caso de Patricia Troncoso y otros, y el tercero es el caso de Héctor Llaitul.

⁷³ Cfr. MEDINA, Cecilia. Op. cit.

⁷⁴ Referente a las implicancias y cambios en lo sustantivo penal que supondría la Sentencia de la CIDH, y a algunas reflexiones en torno a la relación de la aplicación de la Ley 18.314 como un fenómeno de derecho penal del enemigo, ver. MEZA-LOPEHANDÍA G. Matías; COLLADO G. Rafael. 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs Chile. En: Revista de Ciencias Penales. Chile. XLII. (1). pp. 371-383.

⁷⁵ Referente a como la criminalización de la protesta social, resultante de los procesos penales objetos del juicio seguido ante la CIDH, puede ser visto como un debilitamiento del Estado democrático de Derecho y su legitimidad. Ver, BECKER C. Sebastián. 2015. La criminalización de la protesta: el caso de Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Anuario de Derechos Humanos. (11). pp. 123-133.

⁷⁶ Ver SUPRA, capítulo I.

3.1.2.1. Caso Lonkos. Contra Segundo Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao.

El caso comienza con un juicio en el Tribunal Oral en lo Penal de Angol⁷⁷, en el cual se obtiene una sentencia absolutoria con fecha de 14-03-2003. Se imputan a tres personas entre ellos Segundo Norín y Pascual Pichún, los delitos de incendio terrorista y amenazas terroristas⁷⁸.

Luego conoce la Corte Suprema quien acoge un recurso de nulidad con fecha 02-07-2003, fundada en que la sentencia había omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342, letra e). La Corte estimó que la sentencia no se hizo cargo de la prueba presentada por el Ministerio Público, pues no dio un detalle pormenorizado de la valoración que realizó de ésta, no cumpliendo con las exigencias legales. El fallo del máximo tribunal contó con el voto disidente del Ministro Juica quien estimó que el precepto legal establecía que se debía dar una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, y que los recursos en definitiva reclamaban de la “ausencia de ponderación para hechos y circunstancias que el tribunal no estimó probados”.

En el segundo juicio el Tribunal Oral en lo Penal de Angol dicta sentencia absolutoria para el delito de incendio terrorista, pero condenatoria para las amenazas terroristas en ambos imputados anteriormente mencionados⁷⁹.

Este caso fue llevado ante la Corte Interamericana, quien declaró entre otros que “[e]l Estado violó el derecho de la defensa a interrogar los testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de los señores [...] en los términos de los párrafos 241 a 260 de la presente sentencia”⁸⁰. Y como garantía de no repetición ordena una adecuación del derecho interno en relación con el derecho de la defensa a interrogar testigos, regulando “con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea

⁷⁷ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. RUC: 0100083503-6.

⁷⁸ Hechos en relación al Fundo Nanchahue, propiedad de Juan Agustín Figueroa.

⁷⁹ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. RUC: 0100083503-6

⁸⁰ Sentencia CIDH. p. 152.

utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho a defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia [...] a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte [...] en ejercicio del control de convencionalidad.”⁸¹

3.1.2.2. Caso de la CAM. Contra Patricia Troncoso y otros.

Este caso comienza con un juicio del Tribunal Oral en lo Penal Angol⁸², en el cual a una serie de personas se les acusa de asociación ilícita terrorista⁸³. Con fecha 09-11-2004 se absuelve a todos los imputados por no haberse probado el tipo penal.

Con fecha 06-04-2005, la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad por no cumplir la sentencia recurrida con la obligación de analizar toda la prueba incluso la que desestimó e indicar las razones que tuvo para hacerlo.

En el segundo juicio se dictamina nuevamente sentencia absolutoria con fecha 27-07-2005⁸⁴.

3.1.2.3. El caso de Héctor Llaitul y Otros.

El juicio parte en Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete⁸⁵, imputando a una serie de personas los delitos de robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios y asociación ilícita terrorista, sindicando como cabecilla del grupo a Héctor Llaitul Carillanca. En sentencia de fecha 22-03-2011 se condena por el delito de daños y posesión de bomba con voto en contra.

Luego en la Corte Suprema acoge parcialmente los recursos interpuestos sólo en lo que respecta a los delitos de homicidio frustrado en la persona del fiscal del Ministerio

⁸¹ Ibídem. párr. 436.

⁸² Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 9 de noviembre de 2004. RIT: 080/2004. RUC: 02 00 14 24 99 – 0.

⁸³ El Ministerio Público intenta probar que al alero de la Coordinadora Arauco-Malleco (CAM), funciona una organización ilícita con carácter terrorista cuyo uno de sus líderes sería Patricia Troncoso. Ha esta organización se le atribuirían una serie de ilícitos dentro de la zona en conflicto.

⁸⁴ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 27 de julio de 2005. RIT: 080/2004. RUC: 02 00 14 24 99 – 0.

⁸⁵ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cañete. 22 de marzo de 2011. RIT: 35-2010. RUC: 0800932994-4.

Público y lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, por haber una errada calificación de los ilícitos investigados, dictando sentencia de reemplazo condenando a una serie de imputados⁸⁶ por su respectiva responsabilidad de autores de los delitos reiterados de lesiones simplemente graves inferidas a funcionarios policiales y menos graves causadas al fiscal Mario Elgueta Salinas.

Este caso se ha denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y actualmente se encuentra en tramitación. Una de las alegaciones dice relación con la utilización de un testigo anónimo cuya declaración, a juicio de la defensa, resultó determinante para fundamentar la sentencia condenatoria.

3.2. Jurisprudencia a la luz de la Corte Interamericana.

La Corte entendiendo la lesividad que conlleva el uso de la reserva de identidad, en sus consideraciones estableció criterios que debiesen respetarse a modo de limitaciones para no vulnerar esencialmente el derecho a defensa. Lejos de una visión formal de la oportunidad procesal de contrainterrogar a los testigos, enfatiza en que ésta debe ser realmente una posibilidad efectiva y adecuada⁸⁷.

En consecuencia sostiene que las medidas deben adoptarse sujetas a control judicial, respetando los principios de necesidad y proporcionalidad y verificando una situación de riesgo para el testigo⁸⁸.

Asimismo deben adoptarse medidas de contrapeso tales como el conocimiento de la autoridad judicial de la identidad junto con la posibilidad de observar sus reacciones y el deber de conceder a la defensa una oportunidad amplia para la interrogación de éste.⁸⁹

Con todo lo anterior, la Corte prohíbe que una sentencia condenatoria este fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada⁹⁰.

En éste orden de cosas, según el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de Ben Emmerson “Al parecer, ninguna de estas salvaguardias se ha previsto en la legislación antiterrorista chilena. Se ha informado de casos en que el uso de testigos

⁸⁶ Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán; José Santiago Huenuche Reiman; Jonathan Sady Huillical Méndez; y a Héctor Javier Llaitul Carrillanca.

⁸⁷ Para ver una crítica, basada en los criterios de admisibilidad de la reserva de identidad que estableció la sentencia de la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver GUZMÁN D. Op. cit.

⁸⁸ CIDH. párr. 245.

⁸⁹ CIDH. párr. 246.

⁹⁰ Ibídem. párr. 247.

anónimos ha sido la motivación única o fundamental para imponer una condena; y el fiscal no está expresamente obligado a investigar y comunicar los hechos que menoscaben la credibilidad del testigo (más allá del habitual principio de objetividad). Existe por tanto un riesgo obvio de falta de equidad procesal, que trae aparejado el peligro de cometer errores judiciales”⁹¹.

El propósito de esta sección es tomar estos criterios interamericanos y a la luz de ellos analizar si se han observado en nuestra jurisprudencia o no. Sin embargo en algunos casos, tanto por las omisiones en las sentencias o por la naturaleza de las medidas, como lo es la sujeción a control judicial, las cuales se ven en una etapa procesal distinta de la sentencia, se tomarán solo los elementos que puedan desprenderse de aquella a menos que se utilicen otros antecedentes para el análisis, como acusaciones o denuncias que se tengan a disposición, expresándose esta circunstancia en las oportunidades correspondientes.

3.2.1. Medidas adoptadas con sujeción a control judicial.

Este control judicial es la evaluación que hace el tribunal de los motivos expuestos por el fiscal y que buscan justificar la aplicación de la reserva de identidad.

Se realiza por lo general en las etapas previas al Juicio Oral, mayormente en la Audiencia Preparatoria en la cual se ofrecen las pruebas, por lo que dicha evaluación no termina por reproducirse en la sentencia definitiva. Razón por lo cual nos referiremos a este control sólo en cuanto la sentencia tenga alguna consideración como la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Norín y Pichún o cuando se crea que la infracción a los principios de necesidad y proporcionalidad puedan verse reflejados en la sentencia, como en el caso de Patricia Troncoso y respecto a la acusación formulada por el Ministerio Público en el caso de Héctor Llaitul.

3.2.1.1. Control judicial insuficiente en el caso de Norín y Pichún.

En este caso, el fundamento del Ministerio Público para la adopción de la medida de reserva de identidad consistió “en que era <absolutamente necesaria la adopción de estas

⁹¹ EMMERSON, Ben. Op. cit. p. 15.

medidas para garantizar la debida protección de los testigos, así como de sus familiares y demás personas ligadas a ellos por relaciones de afecto, en atención a la naturaleza del ilícito pesquisado y en especial considerando las características de los mismos, circunstancias éstas que revisten de particular gravedad al caso investigado>”⁹² .

Frente a esto la Corte Interamericana consideró que “[e]l control judicial de la reserva de identidad de testigos fue insuficiente. La resolución judicial que la dispuso no contiene una motivación explícita, y se limitó a hacer lugar a una solicitud del Ministerio Público que sólo se refería a la “naturaleza”, las “características”, “circunstancias” y “gravedad” del caso, sin especificar cuáles eran los criterios objetivos, la motivación y las pruebas verificables que, en el caso concreto, justificaran el alegado riesgo para los testigos y sus familias [...] la Corte entiende que dicha resolución no constituyó un efectivo control judicial porque no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida fundándose en una situación de riesgo para los testigos”⁹³ .

No es baladí el énfasis que sostiene la Corte en la necesidad de fundamentar el uso de este tipo de testigos. Vemos en este caso como el Ministerio Público se limita a expresar solo que la medida es necesaria por las características del caso. Es decir que, presupone (por alguna razón) que el Juez de Garantía de Traiguén comprende y da por entendido el fundamento. En otras palabras se libera de la carga de fundamentar la aplicación de la reserva de identidad, por la sola naturaleza del caso.

Esta presuposición, que viene dada por la naturaleza del ilícito hace parecer que por el solo hecho de tratarse de delitos con calificación terrorista debiesen darse por supuestos ciertas circunstancias. En este caso operaría de la siguiente forma: Como es un delito de carácter terrorista, el imputado es eminentemente peligroso, por tanto, el testigo está en grave peligro. Entrar a detallar por qué lo está, al parecer no sería importante, se da por hecho. Y tal como aparece demostrado, el juez en este caso entra en el diseño de prejuicios.

Aquí no se trata de aminorar la peligrosidad y gravedad, que se entiende, conllevan este tipo de ilícitos, sino más bien de comprender que, por el mismo carácter excepcional de éste tipo de hechos, se requiere un esfuerzo mayor en la fundamentación de la aplicación de las herramientas que otorga la ley especial, pues de lo contrario se cae en el riesgo de vulnerar los derechos del imputado. Estas herramientas especiales sí tienen una naturaleza lesiva para la defensa y su aplicación debiese darse con un cuidado especial.

⁹² CIDH. párr. 233.

⁹³ CIDH. párr. 249.

Como se ha advertido a lo largo de este trabajo y se seguirá haciendo, procurar cuidar la legitimidad de un proceso acusatorio para los casos llevados con el procedimiento de la ley antiterrorista, es una arista fundamental a tener en cuenta por la extensión comunicacional que conlleva el fenómeno del terrorismo.

Al momento de desarrollar estos procesos, si en la solicitud de las aplicaciones de las herramientas entregadas por esta ley, se ahorra en la fundamentación, y con ello se invita al tribunal a la misma omisión, se produce una contradicción con el carácter excepcional de las mismas, lo cual termina por exponer a una deslegitimación de la respuesta dada por el Estado a este tipo de hechos como ocurrió en el presente caso.

3.2.1.2. La necesidad y proporcionalidad en el caso Patricia Troncoso.

La falta de un adecuado control judicial frente al Juez de Garantía, puede llevar a exponer a testigos cuya declaración a veces se hace innecesaria. Un ejemplo de ello es el primer juicio en el caso de Patricia Troncoso. En el cual la mayoría de los testigos protegidos declararon sobre puntos indirectos al caso, como lo es el ambiente de conflictividad que se vive dentro de las comunidades, declarando sobre reuniones de la comunidad y diferencias políticas que tenían entre ellos. Ninguno de ellos sobre la existencia de la asociación ilícita terrorista propiamente tal ni sobre la participación de los imputados en ella.

A modo de ejemplo se pueden citar al testigo protegido 34 (Nº 59 AA), quien a pesar de decir que había visto en dos reuniones a Patricia Troncoso no logró identificarla en la sala⁹⁴, por lo que el tribunal valoró que “[p]or sus contradicciones, las aseveraciones de esta testigo no son ni veraces ni creíbles”⁹⁵. O el testigo protegido “A” (13 AA) quien después de declarar como era la vida en la comunidad y de las reuniones en ella al momento de preguntarle sobre determinado hecho delictivo, fue tremendamente contradictorio⁹⁶, por lo

⁹⁴ Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 9 de noviembre de 2004. RIT: 080/2004. RUC: 02 00 14 24 99 – 0. Considerando cuarto. Al exponer la prueba testimonial rendida durante el juicio. “Como dijo haber visto en dos reuniones a Patricia Troncoso Robles, se le pide observe si está en la sala, como igualmente si ve en ella a José Francisco Llanca Ahilla, y la testigo afirma que esas personas no se encuentran en la sala, “no los veo”, dijo; “no están””.

⁹⁵ *Ibídem*.

⁹⁶ *Ibídem*. [...]A la pregunta de si presencié esos hechos donde se robaba madera a Forestal Mininco, expresó: no, se veía eso, o sea, yo lo vi, no lo vi cuando estaban sacando, lo vi, pero no estuve, se ve, lo supe por comentarios, o sea, yo lo vi con mis ojos, de un kilómetro de lejos.

que el tribunal terminó por valorarlo “Al igual que la anterior deponente, los dichos de este testigo carecen de veracidad y credibilidad”⁹⁷.

El tribunal terminó por desechar las 10 declaraciones de los testigos protegidos por razones similares, “pues la mayoría incurrió en contradicciones e incoherencias, como se dijo en su oportunidad y, en todo caso, al referirse a una organización la mencionaron como la Coordinadora Arauco Malleco, no a otro cuerpo distinto de ésta”⁹⁸:

La infracción a los principios de necesidad y proporcionalidad los resume la abogada Sandra Jelves Mella, quien expresó: “Prestaron declaración nueve testigos [sic] con identidad reservada, no sirvieron para probar voluntad asociativa alguna. No conocían a ninguno de los acusados presentes, al referirse a su conocimiento, lo sabían por rumores, comentarios, que había llegado gente de la CAM”⁹⁹.

Esta sentencia fue anulada por la Corte Suprema. En lo que respecta a los testigos protegidos le reprochó al tribunal la falta de fundamentación de las razones por las cuales las desechó. Así considerarla simplemente incoherente y contradictoria no era una explicación suficiente¹⁰⁰.

Cabe mencionar que en la sentencia recurrida se expuso a grandes rasgos las declaraciones de los testigos protegidos, incluso distinguiendo las respuestas en la oportunidad del contraexamen, resultando una sentencia bastante voluminosa.

Queda de manifiesto la inobservancia de la necesidad y proporcionalidad en el uso de los testigos protegidos con reserva de identidad cuando consideramos que en el segundo juicio en el cual el Ministerio Público presentó sólo 5 testigos protegidos, rebajando a la mitad en comparación con el primero, habiendo renunciado uno de ellos a la protección dada en el primer juicio. Todos fueron valorados conjunta e indistintamente con los demás testimonios de manera genérica. Sentencia que también terminó en absolución.

3.2.1.3. La necesidad y proporcionalidad en el caso de Héctor Llaitul.

El criterio interamericano del control judicial es de fundamental importancia cuando se tiene en cuenta la fuerza expansiva del uso de testigos protegidos. Tal como se vio

⁹⁷ *Ibídem.*

⁹⁸ *Ibídem.* Considerando decimoséptimo. Cabe recordar que la imputación era por asociación ilícita terrorista, la hipótesis del caso decía relación con una organización distinta a la CAM.

⁹⁹ *Ibídem* considerando octavo.

¹⁰⁰ Sentencia Corte Suprema de 3 de junio de 2011. ROL: 2921-11, caso Héctor Llaitul. Considerando Decimo Nono.

anteriormente en este trabajo, la lógica de esta norma lleva fácilmente a un uso extenso, más de lo estrictamente necesario por parte del fiscal, que se contradice con la excepcionalidad de la misma.

En la acusación se ofreció un total de 36 testigos anónimos para declarar sobre los más disímiles hechos. A modo de ejemplo, se pueden encontrar: 6 para declarar sobre los hechos del atentado al fiscal Elgueta y funcionarios policiales; 3 para el robo y amenazas a José Santos Jorquera; otros dos para ambos puntos; 8 para declarar sobre su conocimiento de la Coordinadora Arauco Malleco y su liderazgo; otros tantos para diversos incendios del sector; 2 para declarar sobre la propiedad de botes de los imputados; 1 para declarar sobre lo que habría escuchado decir a los testigos protegidos; etc.¹⁰¹

Del total de testigos ofrecidos unos pocos eran para declarar sobre la participación propiamente tal de los imputados en los hechos de la acusación. Solo 8 se presentaron en el juicio oral, y fue el testimonio de uno solo de ellos el que se tuvo en consideración para la condena, en particular el testigo N° 26, quien en el juicio oral se le preguntó si tenía miedo y el respondió que no¹⁰². Lo cual hace preguntarse del tipo de necesidad que tuvo en consideración el fiscal al momento de solicitar la protección de los testigos.

Es menester señalar que en la acusación no consta referencia alguna a la fundamentación de la necesidad del uso de la reserva de identidad, se ofrecen los testigos protegidos en medio de la nómina general, señalando sólo el hecho de que son protegidos.

La defensa solicitó frente al Tribunal de Garantía de Cañete la exclusión de los testigos protegidos por infracción a las garantías constitucionales, lo cual fue acogido por éste, indicando que “no concurriendo el antecedente que fundamenta excluir los nombres y la individualización de los testigos que van a declarar, se infringe la garantía constitucional del debido proceso”¹⁰³.

Sin embargo, la I. Corte de Apelaciones de Concepción revocó la resolución que fue apelada por el Ministerio Público y ordenó incluir a los testigos protegidos¹⁰⁴.

Por lo demás, no se quiere dar la impresión de que el número de 36 testigos anónimos sea elevado e innecesario por sí mismo, pero en el caso particular queda manifiesta la fuerza extensiva del uso de la norma, cuando se considera primero, que del total de los testigos solo 8 se presentaron en el juicio oral y que en el voto de minoría de la

¹⁰¹ Cfr. Acusación.

¹⁰² Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Cañete. 22 de marzo de 2011. RIT: 35-2010. RUC: 0800932994-

4Considerando N° 22. Caso Héctor Llaitul.

¹⁰³ Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile, por el caso de Héctor Llaitul. En esta denuncia constan una serie de infracciones a los criterios interamericanos ocurridas en el transcurso del juicio. 34 p.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

sentencia del juicio oral se consideró que “[l]a prueba rendida en relación a la participación de los acusados en los delitos de robo con intimidación y homicidio frustrado, sin perjuicio de otras probanzas que se orientan a reforzarlas, se asienta en tres pilares constituidos primeramente por la declaración del testigo protegido N°16 [sic], el testimonio de oídas de los funcionarios policiales que recibieron la declaración del imputado Jonathan Huillical Méndez y el análisis de las escuchas telefónicas de los teléfonos celulares que se atribuyen a los imputados [...]”¹⁰⁵. Es menester señalar que dicha sentencia condenó solamente por estos delitos, absolviendo en todos los demás. Lo que posteriormente cambiaría en la Corte Suprema.

En resumen. Sin un sistema que garantice un adecuado control judicial, sobre ésta fuerza extensiva del uso de la reserva, se cae en varios peligros. Uno de los cuales es llegar a exponer a un número de testigos más que los estrictamente necesarios.

En los casos de delitos con calificación terrorista, es aún más grave la situación. Si consideramos, tal como se vio en el control judicial del caso Norín y Pichún, los jueces están más susceptibles a rebajar el estándar de fundamentación de la necesidad de la reserva. Así por el solo hecho de la “naturaleza”, “circunstancias” o “gravedad” sin mediar explicación alguna llegan a admitirla en juicio.

La combinación de la fuerza extensiva de la reserva de identidad y la especial susceptibilidad que provoca este tipo de casos en la autoridad judicial, provocando la rebaja del estándar de fundamentación, podrían llegar a cuestionar el carácter excepcional de la norma y dejar inaplicables los principios de necesidad y proporcionalidad y con ello un control judicial de la misma totalmente insatisfactorio.

3.2.2. Medidas de contrapeso.

Tanto para la Corte Interamericana como para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Estado debe adoptar medidas de contrapeso, suficientemente adecuadas para contrarrestar la afectación del derecho a defensa que se deriva de la utilización de la reserva de identidad¹⁰⁶.

De modo no taxativo, la Corte indica dos de ellas. Primero, el conocimiento de la autoridad judicial de la identidad del testigo y la posibilidad de observar su comportamiento.

¹⁰⁵ Voto minoría. Sentencia Corte Suprema de 3 de junio de 2011. ROL: 2921-11, en el caso de Héctor Llaitul.

¹⁰⁶ Cfr. CIDH, Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. párr. 246.

Y segundo, una concesión a la defensa de una amplia oportunidad de interrogarlo durante el proceso.

Como se verá al tratar cada una de ellas, estas medidas merecen observaciones tanto a la efectividad para limitar los efectos lesivos de la reserva como a la lógica en que operan.

Se sostendrá que la primera de ellas tiene un efecto dual. Inicialmente se levanta de forma parcial la reserva, compartiendo la información de la identidad del testigo con el tribunal, argumentando una mejor apreciación de la prueba. Pero luego está el costo de aceptar un efecto más soterrado, afectando la posibilidad que tiene la defensa de configurar la duda razonable en el juez. El efecto definitivo es la legitimación de esta prueba vulnerando igual o peor el derecho a defensa. En otras palabras se “sanea” la reserva cobrando más fuerza probatoria. Se va cediendo en lo reservado de la información a cambio de otras afectaciones menos visibles y más lapidarias.

La segunda, sería una especie de concesión algo pírrica para la defensa, pues la oportunidad de contrainterrogar ampliamente al testigo no es más que un requisito esencial de todo proceso penal acusatorio.

3.2.2.1. Conocimiento de la autoridad judicial de la identidad del testigo y posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio.

Una piedra angular dentro de la argumentación a favor de la aplicación de la reserva de identidad es la prescindencia de esta información al momento de apreciar la prueba. Identidad y declaración quedan separadas. La defensa afectada, podría contrainterrogar adecuadamente con el solo conocimiento de los dichos del testigo y sus declaraciones anteriores.

Esta idoneidad de la prueba cambia cuando es el juez el que debe apreciarla. A éste ya no le bastaría con el mismo conocimiento que maneja la defensa, sino que se estima necesario informarle sobre la identidad de quién declara. Esto bajo el argumento de “contrarrestar” los efectos negativos de la reserva. Consecuentemente, el juez aprecia de una manera privilegiada en relación a la que tiene la defensa.

Nótese aquí que la medida de “contrapeso” traslada al juez una parte esencial de la facultad de control sobre la prueba que tiene la defensa. El contrapeso vendría dado por el

argumento de que es preferible que el control lo haga por lo menos el juez ya que no lo tiene la defensa, opera una especie de subrogación. Así, la evaluación de la idoneidad personal del testigo recae exclusivamente sobre el juez, sin opción de participación de la defensa. A ésta le queda sólo el acto de fe de esperar que el criterio del juez sea lo más agudo posible.

El dejar el control de identidad del testigo solamente al juez excluyendo a la defensa se vuelve un control algo incierto si consideramos la rebaja de ciertos estándares que operan en los procesos llevados por delitos con calificación terrorista¹⁰⁷.

3.2.2.1.1. La afectación a desarrollar la duda razonable en el juez.

La crítica no es hacia el conocimiento que tiene el juez de la identidad del testigo, propiamente tal, pues éste es el estado deseable dentro del proceso penal. Tener la mayor cantidad de antecedentes y de la mejor calidad para poder valorar la prueba según sana crítica es esencial para llegar a la verdad. Es un objetivo propio del proceso penal acusatorio.

Lo perverso de este conocimiento es que se produce con la afectación del derecho a defensa. Consideremos por un momento la opinión de Decap, defensor de la utilización de la reserva de identidad, según el cual “la credibilidad del testigo y su potencialidad probatoria se ven sin duda afectados, mientras mayor y más intensa es la protección de la que goza. De allí que, podríamos sostener, admitiendo alguna influencia alemana, que existirá una relación inversamente proporcional entre la intensidad de la protección y la potencialidad probatoria de la declaración del testigo protegido”¹⁰⁸.

Bajo esta lógica, es razonable pensar que dentro de un sistema donde impera la sana crítica y de condenar, el juez debe llegar a la convicción más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del imputado, el hecho que éste desconozca la identidad del testigo que declara, hará dudar razonablemente sobre quien es el testigo, la cual puede ser fácilmente considerada suficiente como para desechar por completo el testimonio. Si no se sabe quién es exactamente el testigo, entonces puede ser cualquiera, y dentro de esa gama de cualquiera, podría ser el peor. En caso de existir un juez muy confiado, una defensa fácilmente podría construir una figura de un testigo muy poco creíble. Sin embargo, apenas el juez conoce dicha identidad, esa posibilidad se diluye. Así, al juez que desconoce la

¹⁰⁷ Como ejemplo de rebaja de los estándares ver SUPRA 3.2.1.1.

¹⁰⁸ DECAP. Mauricio. Op cit. p. 28.

identidad del testigo, no le sería fácil tomar en consideración un testimonio de este tipo para fundamentar una sentencia condenatoria, con lo cual la reserva de identidad quedaría en total obsolescencia.

Lo que se plantea por la Corte Interamericana como un criterio de limitación a la lesividad de la reserva de identidad no es más que un requisito *sine qua non* para su buen funcionamiento. No puede esgrimirse que compartir esta información con el juez sin hacerlo con la defensa, mejora la posición de ésta en el proceso penal acusatorio, cuando lo que hace verdaderamente es diluir la posibilidad de configurar la duda razonable en el juez, intentando sanear el daño producido por el secreto compartiéndolo con él.

En todos los casos nacionales objetos de estudio, el juez tuvo conocimiento previo a la declaración en juicio oral de la identidad del testigo protegido.

3.2.2.2. Concesión a la defensa de una amplia oportunidad de interrogar al testigo en algunas de las etapas del proceso.

El contenido de este concepto es relativo y varía caso a caso. Se entiende que la amplitud de la oportunidad está limitada por la reserva. Así, no podrán hacerse preguntas que lleven a dilucidar la identidad del testigo. Este criterio apunta al mayor grado de tolerancia que debe tener el juez respecto a la interrogación que realice la defensa. Pero siempre resguardando la identidad. Se refiere además que frente a las objeciones de las preguntas de la defensa el juez no debe dar tendencia a aceptarlas mientras no revelen o ayuden a revelar la identidad en tanto, que en cualquier otro caso sin reserva de identidad daría por acogidas.

Hablar de amplitud de la oportunidad de interrogar parece algo contraproducente cuando no se puede hacer con respecto a un asunto tan esencial en una prueba testimonial como lo es la identidad del testigo, una especie de eufemismo que apunta al igual que el primer criterio analizado al saneamiento de la prueba. Se considera en definitiva una concesión algo pírrica para la defensa. Un reconocimiento de un derecho que la defensa en un principio tiene en todo proceso penal acusatorio.

A pesar de la existencia de este criterio, ha quedado denunciado en algunos casos por los abogados de la defensa la falta de amplitud o poca idoneidad de la oportunidad de contraexaminar al testigo.

3.2.2.2.1. El contraexamen en el caso Norín y Pichún.

Respecto al primer juicio realizado en este caso, podemos señalar que la defensa se abstuvo de ejercer su derecho de contraexamen en relación al testigo N° 2 por razones humanitarias en vista de su estado de salud, pues el testigo era sordo, quien se limitó a dar las mismas respuestas frente a distintas preguntas. Esto fue alegado por la defensa de Pascual Pichún observando que “el testigo N° 2, evidentemente era una persona incapaz, un sujeto sordo que repitió frente a distintas preguntas la misma respuesta, al cual no se quiso conainterrogar, atendido su propio estado y razones de humanidad.”¹⁰⁹

A su vez la defensa de Patricia Troncoso (imputada también en éste caso) dejando constancia de esta situación alegó que “el testigo N° 2, no se refirió a su defendida, sin perjuicio de considerar que todo esto resultó atentatorio al debido proceso, en cuanto no permitir conainterrogar debidamente como fundamento básico”¹¹⁰.

El tribunal no se pronunció específicamente sobre si la sordera del testigo afectó el contraexamen. Sin embargo, en relación a la falta de antecedentes de las declaraciones anteriores de los testigos protegidos, en el considerando decimotercero estimó que la defensa no debió tener dificultad para el contra examen o para ejercer dichos derechos, por lo que se desprende que a juicio del tribunal la defensa no tuvo inconveniente en ejercer dicho derecho¹¹¹.

En el segundo juicio la única referencia a la sordera del testigo la hace el abogado defensor de Patricia Troncoso quien sostuvo que “[e]n cuanto al testigo protegido N° 2º, dijo tener limitaciones auditivas, pues porta audífono que le fue colocado sólo dos días antes de su declaración, hecho que fue ocultado”¹¹². En este aspecto en la sentencia solo se hace referencia al nuevo audífono dejando constancia de este hecho¹¹³.

El hecho que un testigo sea sordo o tenga un grado avanzado de sordera, o su estado de salud no permita un adecuado contraexamen debiese ser circunstancia tomada en

¹⁰⁹ Sentencia del primer juicio del caso Norín y Pichún. Considerando Octavo.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*. Considerando Décimo Tercero: “No resulta infundado señalar que respecto de los testigos con identidad reservada, signados N° 1 y N° 2 en el auto de apertura, inapropiadamente motejados por la defensa como “testigos sin rostro”, puesto que la ley procesal permite al Tribunal otorgarles medidas de protección. Al no contar esa parte con sus testimonios, cabe recordar que en la misma audiencia se dispuso la entrega de sus declaraciones prestadas ante el Ministerio Público, resguardándose exclusivamente sus identidades; esta circunstancia permitió a la defensa conocer tales expresiones antes de que prestaran sus testimonios, por lo que esa parte no debió tener dificultad para el contra examen o para ejercer los derechos señalados en los artículos 309 y 332 del Código Procesal Penal”.

¹¹² Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. RUC: 0100083503-6. Considerando Séptimo.

¹¹³ *Ibidem*. Considerando Octavo. El Testigo protegido N° 2, dijo que sólo escucha por un solo oído, que porta audífono hace dos días.

cuenta por el Ministerio Público a la hora de presentar su testimonio y un hecho a tener a revisar en un control judicial ante un tribunal de garantía.

El caso de sordera de un testigo, puede ser visto como un hecho que no necesariamente inhabilite a una persona a declarar, sin embargo, es de toda lógica que deban tomarse ciertas medidas como audífonos o mecanismos que faciliten la comunicación con él a la hora de contrainterrogar, a fin de evitar un espectáculo desafortunado y la vulneración del derecho a contrainterrogar.

Si consideramos que además es un testigo protegido, se produce una sumatoria de elementos que influyen en la calidad del contraexamen. La declaración se determina por la limitación de realizar preguntas que puedan revelar su identidad y por otro lado la sordera no permite contrainterrogar ampliamente de los demás aspectos de su declaración. Así, la defensa se ve doblemente limitada y la declaración fortalecida frente al contraexamen. Por otro lado la protección al testigo se ve debilitada, pues en éste contexto la sordera resulta un dato revelador de la identidad, como se verá más adelante al observar la inocuidad de la reserva.

3.2.2.2. El contraexamen en el caso de Patricia Troncoso.

En la sentencia del primer juicio queda registro del alegato de una abogada que entre otras cosas denunció que no pudo ejercer un correcto contrainterrogatorio a un testigo protegido, y que éste cayó en incoherencia y eludió dar una respuesta precisa¹¹⁴. Frente a lo cual el tribunal estimó en su considerando decimoséptimo que: “[...]Los dichos de los testigos protegidos, amén de que su presentación y forma de prestar testimonio – con identidad mantenida en secreto, puesta a disposición de los defensores sólo al comenzar la audiencia, declarando tras un biombo y con distorsionador de voz -, fue cuestionada por los defensores, pues no contaron con los elementos necesarios para un adecuado y efectivo contraexamen; [...] pero, aparte de esas falencias evidenciadas por los defensores, que pudieran restarle validez como prueba”.

A pesar de ser expresado el hecho de no haber tenido la defensa un adecuado y efectivo contraexamen esto no fue suficiente para eliminar o impedir las declaraciones de los

¹¹⁴ En su considerando octavo queda constancia que “[...] la abogada **Viviana Castel Higuera**, defensora de **Héctor Llanca Ahilla**, planteó los siguientes argumentos: [...]Con respecto al delito de asociación ilícita imputado a su defendido, aduce que sólo se presentó un testigo, el testigo secreto N° 34, respecto del cual no pudo ejercer un debido contrainterrogatorio, pero que es evidente su incoherencia al no poder contestar si su representado tenía una cicatriz en su rostro, eludiendo dar una respuesta precisa.

testigos protegidos. Éstos finalmente fueron desechados en definitiva por su inconsistencia e incoherencia.

La expresión del tribunal de “pudieran restarle validez” es ambigua. No es determinante a la hora de desechar los testimonios. Siendo la posibilidad de realizar un contraexamen adecuado y efectivo a los testigos protegidos un criterio gravitante a la hora de evaluarlo, se observa que el tribunal no le dio la relevancia necesaria.

3.2.2.2.3. El caso de Héctor Llaitul.

En este caso, actualmente existe una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llevada adelante por los abogados de la defensa, en la cual uno de los argumentos esgrimidos es no haber contado con la posibilidad de realizar un adecuado y efectivo contraexamen a los testigos protegidos, vulnerando así el derecho a defensa.

En primer lugar, existió un aspecto de carácter técnico que entorpeció el proceso del contraexamen. La forma en que declaró el testigo N° 26 (testigo determinante en el caso) fue en una sala contigua, caracterizado y de espaldas y solo se podía ver a través de un circuito cerrado de televisión. Este sistema tecnológico adolecía de un desfase de tiempo que existía entre las preguntas y las respuestas, lo cual impidió a la defensa contar con un espacio adecuado de tiempo para realizar las objeciones. Pues, por el desfase de tiempo cuando se realizaban las preguntas, el testigo no alcanzaba a escuchar la objeción y respondía inmediatamente declarándose ésta extemporánea¹¹⁵.

En segundo lugar la actitud del fiscal también entorpeció el control de la prueba, pues interrumpía constantemente la declaración del testigo para repetir parte de las respuestas que le interesaba enfatizar, impidiendo que la declaración tomara un curso discursivo independiente y espontáneo. Con lo que la defensa no pudo analizar la coherencia interna de la declaración.¹¹⁶ Asimismo en los antecedentes previos se le entregó a la defensa las declaraciones incompletas, desordenadas y tarjadas de los testigos, lo que también influyó en el control de la prueba por parte de ésta¹¹⁷.

Frente a estas alegaciones el tribunal establece que no se vio vulnerado el derecho a defensa toda vez que esta limitación está contemplada en la ley como una excepción y que

¹¹⁵ STC. TJOP de Cañete. 22 de marzo de 2011. Considerando 23° en los alegatos de clausura de la defensa en caso de Héctor Llaitul. “[...] el hecho de poder comunicarse solo por vías tecnológicas, además, impidió a las defensas un control cruzado; refiriendo que 21 objeciones de la defensa fueron declaradas extemporáneas, 3 no terminaron de formularse, y solo otras 3 fueron sometidas a la decisión del Tribunal, y de ellas, solo una acogida”.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibid.* Considerandos 21°, 22° y 23°.

ejemplo de la posibilidad que tuvo la defensa de efectuar un adecuado contraexamen fue que algunos testimonios fueron desestimados¹¹⁸.

De distinta opinión fue el voto de minoría del mismo juicio. Quien en definitiva cristalizó el criterio de la Corte Interamericana sosteniendo que “el testimonio que entregó en circuito cerrado por su calidad de protegido, entrecortado al inicio, apremiado por la referencia a sus declaraciones anteriores prestadas en sede fiscal, que al serle recordadas hizo innecesario refrescar su memoria, compeliéndole a declarar, [...] lo que unido al hecho de que por su calidad de testigo con reserva de identidad, en el marco de una investigación por delito terrorista, cuya seguridad el artículo 18 de la Ley 18.314 cautela, y que a pesar de ordenar en forma expresa a la vez que en ningún caso su declaración podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo, fue ésta una facultad que se vio restringida, toda vez que existía latente con cada pregunta, el peligro de que algunas de las respuestas pudieren revelar su identidad, quedando en definitiva la protección legal que le asistía sólo en letra muerta, ante esa disyuntiva y en cumplimiento del mandato legal, se debió acoger la objeción de preguntas que planteó el acusador, situación que en la práctica impidió el libre ejercicio del contrainterrogatorio por las respectivas defensas”.

La aplicación de éste criterio llevó al voto disidente a una valoración totalmente distinta de la declaración del testigo, con lo cual queda corroborado la importancia que conlleva darle un espacio adecuado a la defensa para ejercer adecuadamente el contraexamen y no solo un espacio formal, sino sustancial. El hecho de que 21 objeciones realizadas por la defensa fueran declaradas extemporáneas por un desperfecto técnico en el sistema de comunicaciones, es un claro ejemplo de inobservancia de este criterio interamericano. Y aun cuando la ley permita la reserva éste tipo de situaciones vulnera el derecho a defensa tal como lo sostuvo el voto disidente.

3.2.2.3. La posibilidad que el abogado conozca la identidad del testigo con prohibición de informarla al imputado. El caso de Norín y Pichún.

Al abordar el marco fáctico de la medidas de contrapeso adoptadas en el caso Norín y Pichún, la Corte Interamericana señala que “En el segundo juicio, que fue celebrado en razón de la declaratoria de nulidad del primero, se permitió que los defensores de los imputados conocieran la identidad de los referidos testigos, pero bajo la prohibición expresa

¹¹⁸ Ibíd. Considerando 68°

de transmitir esa información a sus representados. Los defensores del señor Norín Catrín se negaron a conocer tal información sobre la identidad de los testigos porque no se la podían comunicar al imputado.”¹¹⁹ Ocurrió lo mismo en el caso de Patricia Troncoso y otros¹²⁰

La Corte no tuvo un pronunciamiento especial respecto a esta medida, sin embargo es posible deducir que se mira como una medida de contrapeso. Pero lejos de servir de contrapeso y subsanar la situación de la reserva, agrava más la situación de la defensa y merece algunas observaciones.

La primera que se puede formular es respecto al valor ético que significa un ofrecimiento con una condición de esa naturaleza. La relación del abogado defensor con el imputado debe ser lo más fluida y coordinada posible. La confianza en este sentido es un aspecto esencial de dicha relación. Sobre ésta se erige tanto la comunicación como la construcción de cualquier estrategia de la defensa.

Se sabe que la reserva vulnera el derecho a defensa. Ésta queda en una posición de menoscabo y desigualdad por ignorar la identidad del testigo. El ofrecimiento condicionado apunta a mitigar esa falta de información. Pero aprovechándose de la necesidad tiene el potencial de romper la esencia de la relación defensor-imputado, sembrando resquemores entre ambos, por la condición de no revelarle la información al imputado. El aprovechamiento de esta debilidad y el ataque a la mencionada relación pueden ser elementos configuradores de un reproche ético a esta medida.

Este ofrecimiento, atenta contra la esencia misma de un proceso penal acusatorio, que se diseñó como un conjunto de garantías para el acusado frente a la fuerza de los poderes del Estado. Pues tiene como objeto al aislamiento más absoluto del imputado, ya no lo posiciona contra el acusador frente a un juez imparcial, sino que ahora a la cofradía del secreto se incorpora a su propio abogado defensor, es una especie de cooptación de quien se supone debería tener su confianza absoluta.

La segunda observación, nuevamente viene a razón del intento de sanear la prueba. Ya sea acepte o rechace el ofrecimiento, la defensa se ve afectada y la prueba saneada por

¹¹⁹ CIDH. párr. 234.

¹²⁰ STC. T.J.O.P. de Temuco. 9 de noviembre de 2004. RIT: 080/2004. Considerando Cuarto: “Antes de recibir su declaración, los abogados defensores de todos los acusados plantearon su disconformidad con la forma en que estos testigos prestarían declaración, ocultos tras un biombo y mediante un sistema distorsionador de voz. La identidad de éstos fue proporcionada a los defensores antes de su examen, pero ellos 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”.

igual. La trampa es simple: Si acepta el ofrecimiento, el defensor obtiene la información, pero se ataca la relación defensor-imputado, ésta queda menoscaba, la cual es esencial para una buena defensa. No debe confundirse aquí el mejoramiento parcial y relativo de la posición del abogado defensor en el juicio con un mejoramiento de la defensa, esta es más amplia. Aun así, la revelación de la identidad del testigo se vuelve inocua toda vez que la defensa no la puede utilizar directamente en el juicio por temor a revelar dicha identidad, pues para usarla adecuadamente, a la hora de declarar el testigo se debería pedir que saliera tanto el público como el imputado para que no escuche el contraexamen que realizará su abogado defensor. Sin embargo, en el aspecto probatorio el efecto es que la prueba cobra fuerza, se sana, la reserva es menos restringida, la identidad la sabe el fiscal, el juez y el defensor, deja de ser tan reservada dando la impresión de ser menos vulneratoria.

Si rechaza, la defensa queda sin la información y más afectada de lo que ya estaba anterior al ofrecimiento. Pues en el aspecto probatorio, un juez que considere este ofrecimiento como una medida de contrapeso, verá en el rechazo una renuncia a una oportunidad de mitigar los daños de la reserva y no la expresión de un imperativo ético. Puede pensarse que para la defensa no es lo suficientemente relevante la identidad del testigo, con lo cual se obtiene el mismo efecto de saneamiento de la prueba como en el caso de aceptar el ofrecimiento.

Otro razonamiento que lleva a considerar este ofrecimiento como un acto lesivo a la defensa y no una medida de contrapeso, es preguntarse ¿cuál es el criterio para que éste opere?. Cómo sabrá el fiscal cuando ofertar la identidad y cuando no. Si queda bajo criterios subjetivos como las características personales del abogado defensor o circunstancias del caso, sería una mera facultad del fiscal ofrecerla. ¿Qué tipo de medida de contrapeso es una que queda solo en manos de la voluntad del fiscal?. Si se utilizan criterios objetivos como ofertarla en determinados delitos ¿Qué pasa con aquellos de calificación terrorista?

Este tipo de ofrecimiento supone una contradicción por parte del Ministerio Público y debiese estar prohibido. Si se consideran los requisitos de procedencia de la reserva de identidad y el objetivo de ésta, queda en entre dicho la protección misma del testigo. La excepcional peligrosidad que conllevarían los delitos con calificación terrorista debiese disuadir al fiscal de exponer la identidad al abogado de la defensa, no por un aspecto de confianza personal con aquel, sino por la capacidad operativa que supone un grupo terrorista para hacerse con dicha identidad. De no mediar esta capacidad, entonces no es necesaria la reserva de identidad. De contar efectivamente con ésta, es un despropósito facilitársela al

abogado, aun bajo la condición de no revelarla, pues el anonimato se erige como la última línea de protección del testigo. En el ofrecimiento se ve entonces una desconsideración a la protección del testigo, siendo llamativo el hecho que provenga del mismo ente que la encuentra absolutamente necesaria a la hora de fundamentar la reserva.

Tomando lo anteriormente dicho, queda como única razón de ser de este ofrecimiento el efecto de saneamiento que produce en dicha prueba. Está inserta en esa lógica. No es de extrañar entonces que los abogados rechacen esta posibilidad, que se muestra poco ética, tramposa y contradictoria.

3.2.3. Prohibición de fundamentar únicamente o en grado decisivo con la declaración anónima la sentencia condenatoria.

Esta prohibición es absoluta e independiente de las medidas de contrapeso que se adopten durante el juicio. Así la Corte Interamericana sostiene que “Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa.”¹²¹

Y reconociendo lo perjudicial de la reserva, plantea los cuidados que deben tener en cuenta a la hora de valorar este tipo de prueba en la sentencia definitiva y como deben conjugarse con las demás pruebas, así “las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones y objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica”¹²².

Explicando a su vez como establecerá si una prueba será determinante, considera que “[l]a determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada.

¹²¹ CIDH. párr. 247.

¹²² *Ibidem*.

3.2.3.1. El caso de Pascual Pichún.

Se recordará que el primer juicio termina con una absolución total de los imputados pues no logra probarse la participación de éstos en los hechos delictivos. Luego de la nulidad, en el segundo juicio Norín y Pichún son condenados por el delito de amenazas terroristas y absueltos en todos los demás.

Se distinguirá las consideraciones que tuvo el tribunal con respecto al delito de incendio terrorista y el de amenaza terrorista. En el primero, siendo la declaración del testigo N° 1 la única prueba que podría inculpar directamente a Pascual Pichún más que una expresión de la prohibición de fundamentar únicamente la condena con el testimonio anónimo, lo que operó fue una insuficiencia de la prueba directa. Así el tribunal consideró que "Por consiguiente, sólo concurre el testimonio directo del testigo protegido N° 1 que por sí solo, resulta insuficiente para tener por debidamente acreditada la participación y responsabilidad que se le imputa en este delito, que por su gravedad, exige un alto estándar de prueba"¹²³.

En cambio para el delito de amenazas respecto al acusado Pascual Pichún el tribunal estimó que concurren los siguientes antecedentes para condenarlo: El testimonio del testigo protegido N° 1¹²⁴; el de Juan Agustín Figueroa Elgueta; Juan Agustín Figueroa Yávar; Osvaldo Moisés Carvajal Rondanelli; Rafael Insunza Figueroa, primo de Juan Agustín Figueroa Elgueta; una carta firmada por Pascual Pichún y copia de un cheque. De todas ellas la única prueba directa era la declaración del testigo protegido.

Frente a esto la Corte Interamericana estimó que "la condena penal del señor Pichún Pailallao como autor del delito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio del administrador y dueños del Fundo Nanchahue estuvo fundada en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada (el "testigo protegido N° 1", pues si bien se hace referencia a otros medios de prueba, éstos por sí solos no hubiesen bastado para llegar a la condena, ya que las otras tres personas que rindieron testimonio solo tenían un conocimiento indirecto. La sentencia hizo además referencia a una carta sobre supuestas amenazas firmada por el señor Pichún, pero sin fecha, y a un cheque firmado por el administrador del Fundo Nanchahue a la orden del acusado. También mencionó una declaración testimonial en la que se señaló que la Coordinadora Arauco Malleco es una

¹²³ STC. T.J.O.P de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Decimocuarto.

¹²⁴ Ibídem. Considerando Decimosexto "Testigo protegido N° 1, expuso que a mediados de noviembre de 2001 viajó a Traiguén junto a Pascual Pichún, quien aceptó llevarlo en su camioneta. En el trayecto éste le contó que venía de donde Agustín Figueroa, pero el viejo no le quiso vender unos trozos y agregó "pero igual le voy a quemar el bosque y el chalet", hecho que no comentó con nadie."

organización de hecho, de carácter terrorista y que Pichún pertenecía a ella, sin un análisis de su incidencia en la configuración del tipo penal¹²⁵.

Todo indica que el tribunal en este caso no tuvo en consideración la prohibición de fundamentar únicamente o en grado decisivo la condena con un testimonio de este tipo. La existencia de prueba corroborativa que indica la Corte Interamericana se refiere a una que pruebe de manera directa la participación de los hechos y no de manera indirecta.

Se ha visto en este caso abundante prueba que apunta a determinar la existencia de los hechos delictivos y prueba indirecta en el caso de la participación, siendo la única directa la ya reseñada. Cabe concluir que lo que pide la dicha prohibición es que haya prueba corroborativa directa que permita determinar la participación de los imputados en los hechos delictivos o que sea debidamente aplicada a la configuración del tipo penal.

3.2.3.2. El caso de Héctor Llaitul.

En este caso el T.J.O.P. de Cañete condenó a un grupo de imputados por el delito de robo con intimidación y homicidio frustrado. La prueba que tuvo en consideración para llegar a la convicción de la participación de éstos fue: la declaración del testigo protegido N° 26, la declaración de oídas de un funcionario policial sobre lo que escuchó decir a uno de los imputados y unas escuchas telefónicas¹²⁶.

El tribunal toma como punto de partida de su razonamiento la declaración del testigo N° 26, pudiendo concluir de aquel que le da un valor determinante al testimonio. Aun cuando en su valoración exponga que la declaración fue corroborada con las demás pruebas, ésta por si sola era insuficiente para condenarlo, y el hilo conductor de toda la prueba corroborativa fue el testigo N° 26.¹²⁷

Existe una denuncia en tramitación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, uno de los aspectos alegados es justamente que fue determinante la declaración de dicho testigo protegido.

¹²⁵ CIDH. párr. 251.

¹²⁶ STC. T.J.O.P. de Cañete de 22 de marzo de 2011. Considerando 56°.

¹²⁷ Para ver el razonamiento que utilizó el tribunal ver INFRA 3.3.1.2.2.

3.3. Efectos detectados en la valoración de la prueba.

3.3.1. Algunos aspectos sobre la valoración de la prueba.

En esta sección se revisarán dos aspectos en la valoración de la prueba que permitirán tener un panorama general del uso de la reserva en los casos de estudio. El primero dice relación con la valoración que tiene el tribunal sobre la reserva propiamente tal. Es decir, si ésta influye y cómo influye en la valoración del testimonio solo por el hecho de ser reservada. Si este le asigna un valor igual, menor o mayor a este tipo de prueba, independiente del contenido concreto de la declaración.

El segundo aspecto es respecto a la valoración del contenido de la declaración propiamente tal. Un análisis de los distintos puntos que el tribunal tomó en cuenta en la apreciación de la prueba, excluyendo el hecho de ser reservada.

En los casos objeto de estudio se detectó que en aquellas sentencias que desechaban las declaraciones de los testigos protegidos eran por ser estas contradictorias unas con otras o internamente. La única sentencia en la cual se dejó entrever un menor valor de los testimonios por ser estos protegidos fue en XXX, sin embargo no se sabe que tanto afectó este hecho a la valoración del testigo, pues se terminó por desechar finalmente por ser estas contradictorias o poco creíbles.

Así parece que la única herramienta efectiva para la defensa para tratar de influir en la apreciación del juez de dicha prueba es la conainterrogación y las observaciones que esta pueda realizar al testigo. El hecho de ser reservado no influiría en disminuir el valor que le da el juez al testimonio. Así en algunos casos el tribunal otorgó total credibilidad y valor al testigo reservado sin reparar en su calidad especial de protección.

3.3.1.1. La valoración propia de la reserva.

En este aspecto, la regla general es una omisión en las consideraciones de la jurisprudencia. En su mayoría, éstas no se pronuncian sobre un valor especial que se le asigne a la prueba por el hecho de ser reserva, por lo menos no lo expresan.

En contrario sensu, hay casos donde se le asigna pleno valor al testimonio sin hacer referencia a dicha reserva¹²⁸ y en caso de haber alguna, es sobre su aspecto formal y legal, legitimando su aplicación por ser una herramienta que la ley permite. Luego de pasar esta etapa de “admisión” la reserva, para efectos de la valorización del testimonio pasa a un segundo plano.

Interesante es hacer notar un caso donde el tribunal sí tuvo en cuenta la reserva para valorar la prueba. En aquella sentencia el tribunal le otorgó un disvalor a ésta. Sosteniendo que “su forma de testimoniar contraviene normas procesales contenidas en Tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como son el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención americana sobre Derechos humanos; pero, aparte de esas falencias evidenciadas por los defensores, que pudieran restarle validez como prueba [...]”¹²⁹. Esta sentencia es la única que considera éste aspecto a efectos de asignarle algún valor.

En este juicio se desechan los testimonios principalmente tomando en consideración las incoherencias, contradicciones o poca credibilidad de las declaraciones, pero existe una valoración base de ellos, el hecho de ser reservadas le agrega una especie de valoración especial y anterior a la declaración realizada en juicio, que hace que los jueces se pongan una especie de anteojos distintos para valorarla. En otras palabras suben el nivel del estándar exigido para esa prueba en particular. Tendrá ésta que ser más sólida, de mejor calidad para que pueda tener un efecto similar a las demás y se tendrán que tomar las medidas pertinentes para que el derecho a defensa no se vea vulnerado. Parte con una valoración distinta respecto a los testimonios que no tienen reserva de identidad. Este criterio es el que se acerca más al estándar de la Corte Interamericana al ver con una especie de recelo inicial esta prueba.

3.3.1.2. La valoración del contenido de la declaración propiamente tal.

Son múltiples los factores que intervienen en la valoración de una prueba testimonial. Desde las características personales del testigo, pasando por su comportamiento hasta la racionalidad y coherencia de sus dichos. Junto con ello el testimonio se circunscribe en un acervo de otras pruebas con las cuales también debe guardar coherencia. Todos los

¹²⁸ Así en el segundo juicio de Norín y Pichún, donde se condena al último por el delito de amenazas, se consideró de forma determinante la declaración del testigo protegido N° 1, al cual se le asignó pleno valor, sin que la reserva fuese motivo de consideración para la valoración por parte del tribunal.

¹²⁹ Considerando decimoséptimo, sentencia del primer juicio del caso Patricia Troncoso.

procesos y razonamientos que conlleva la valoración no pueden plasmarse completamente y en detalle en una sentencia. Serán aquellas impresiones y pensamientos consientes y más importantes del juez los que se verán expresados en dicha sentencia.

Cuando a una prueba testimonial se le resta el factor de la identidad del testigo como elemento de valoración, quedan solo los gestos, comportamiento, coherencia interna del relato, entre otros para apreciar. Como cualquier comunicación humana, existe un abanico enorme de elementos con los cuales la interpretación conjuga. Dentro del espectro consiente del juez serán las palabras del testigo y su verosimilitud los factores determinantes en la apreciación de la prueba.

De ahí que en las sentencias se haga casi nula referencia a los gestos y comportamiento de los testigos anónimos. No es de extrañar que esto sea así. La poca importancia que le dan los sentenciadores a estos factores, puede deberse a lo asociado que está el cuerpo –gestos-comportamiento-nerviosismo-etc. con la idea de identidad del testigo. Elementos como disfraces, distorsionadores de voz o video-conferencias, presentes en las declaraciones de este tipo de testigos puede provocar que el juez al momento de evaluar deje poco espacio a aquellos factores. Sumado a que debe hacer el mismo ejercicio, por lo menos en este tipo de casos, muchas veces con varias decenas de testigos.

En consecuencia, la valoración se centrará en su gran mayoría en las palabras dichas por el testigo en el juicio oral (o etapa anterior) y en su concordancia con el resto de la prueba. Siendo dicho contenido la prácticamente la única herramienta efectiva que tiene la defensa para desacreditar el testimonio.

3.3.1.2.1. La valoración en el caso Norín y Pichún.

La sentencia del primer juicio absolvió a todos los imputados de los delitos objeto del proceso. En lo que respecta a la valoración del testigo N° 1 el tribunal estima que “[n]o se probó circunstanciadamente que los acusados hayan hecho una amenaza concreta de quemar totalmente el predio, incluso hay contradicciones en las motivaciones según el testimonio del dueño del predio y del testigo con identidad reservada N° 1, este último además de parecer impreciso en los contrainterrogatorios, demostró con sus explicaciones lo ilógico de su conducta en cuanto sabiendo de antemano, como él dice, que se iba a quemar el chalet donde vivían personas, no avisó al dueño, dando una excusa absolutamente

desconcertante, que incluso lo podría incriminar penalmente, sin perjuicio, de su nula fiabilidad según se evaluó libremente por el tribunal”¹³⁰.

Un primer alcance aquí sería que el tribunal evalúa en general una *performance* del comportamiento del testigo con el “parecer impreciso” en los conainterrogatorios. Sin embargo más allá de esta referencia, lo determinante para el tribunal fueron las contradicciones del testigo y la posibilidad de algún grado de participación en los hechos delictivos. En definitiva fueron las explicaciones que dio el testigo lo que determinó que el tribunal no le diera credibilidad. También las contradicciones que afloraron luego de la confrontación con otro testimonio como la del dueño del predio también influyeron en la apreciación del tribunal.

También queda constancia de las alegaciones que la defensa de Patricia Troncoso (imputada también en este caso) hizo con respecto de éste testigo cuando refirió que “El testigo secreto N° 1, aparte de caer en contradicciones respecto a las oportunidades que dice haber visto a su defendida, tampoco la reconoció en la audiencia, y se alejó de la verdad”¹³¹. Y en la réplica también dejó entrever otra contradicción del testimonio al aseverar que “el testigo reservado N° 1 situó primero los hechos 2 meses antes y luego 2 meses después de lo señalado en la acusación [...]”¹³².

Todas estas contradicciones llevaron al tribunal a dar nula fiabilidad en este caso al testigo N° 1, quien era clave para la incriminación de Norín y Pichún en el delito de amenazas de incendio terrorista.

Distinta fue la valoración que se hizo en la sentencia del segundo juicio, quien condenó por este delito a los imputados mencionados. Se distinguirá la valoración que hizo con respecto al delito de incendio y con el delito de amenazas.

En relación al delito de incendio el tribunal absuelve a los imputados. Aquí concurren las declaraciones de dos testigos protegidos. La valoración que realizó el tribunal de cada una de ellas es distinta. Mientras que al testigo protegido N° 1 le dio plena validez, al testigo N° 2 le hace reparos terminando por desestimar su testimonio.

Respecto a este último testigo el tribunal en su considerando decimocuarto sostiene que merece reparos “debido a que confesó tener problemas auditivos, porta un audífono que se colocó sólo hace dos días, no se acreditó el sistema o medio de iluminación de la casa, menos indicó si lo accionó al momento de salir y regresar el acusado; por consiguiente, resulta difícil aceptar que se haya percatado en la oscuridad en el estado en que salió y

¹³⁰ STC. T.J.O.P. de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Décimo.

¹³¹ *Ibíd.* Considerando Octavo.

¹³² *Ibíd.*

regresó, menos si traía su cara pintada de negro”¹³³. Aun cuando el tribunal haga mención a los problemas auditivos del testigo, la valoración que hace es del contenido de la declaración propiamente tal y busca en la contradicción interna de sus dichos.

El mismo testimonio es cotejado con el resto del acervo probatorio. Primeramente con el testimonio de los propios afectados¹³⁴, esa comparación logra quitar valor probatorio al testigo. Resultando para el tribunal que “de esta forma dicho testimonio pierde consistencia por cuanto no sitúa al acusado en el sitio del suceso”¹³⁵.

Un hecho importante para la imputación del delito de incendio era que en éste, se habían utilizado elementos acelerantes y que en la casa del acusado habían dos bidones de bencina, el tribunal nuevamente cotejando con el resto del acervo probatorio consideró que “[...] el mismo testigo protegido N° 2 señaló que desde septiembre del 2001 trabajaba en la casa de Pichún como reparador de su máquina trilladora, la cual utiliza como combustible el petróleo para su funcionamiento, lo que justifica la tenencia de estos envases para almacenamiento del mismo, además, los encontró al lado de la máquina señalada.”¹³⁶

Lo anteriormente señalado llevó al tribunal a desechar la declaración del testigo N° 2, con lo cual solo quedó como prueba de dicho delito el testigo N° 1, testimonio al cual le dio plena validez pero consideró insuficiente para la fundamentar la condena.¹³⁷

En relación al delito de amenazas, solo concurre la declaración del testigo N° 1 como prueba directa de la participación. Ya se hizo referencia a lo determinante que fue esta prueba. El tribunal a diferencia del testimonio N° 2 en relación al delito de incendio, no hace una referencia especial a la valoración de este testimonio. Sostiene en la sentencia “Que, para convicción del tribunal y valorando con libertad los elementos de juicio precitados, forzoso es concluir que a los acusados Pichún y Norín les ha cabido una participación [...] En relación a Pascual Pichún, lo inculpan en forma directa el testigo protegido numero 1º, con quien se ufano de que iba a quemar el predio, se agrega el conocimiento indirecto que tuvieron [...]”¹³⁸. Forzoso es quedarse con una valoración genérica que hizo el tribunal para todos los testigos de la parte acusadora en su considerando Undécimo¹³⁹.

¹³³ STC. T.J.O.P de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Decimocuarto.

¹³⁴ *Ibíd.* Considerando Decimocuarto. “En relación a la claridad de fuego, no existe antecedente que lo relacione directamente con el incendio al fundo Nanchahue, puesto que los mismos afectados señalaron que los amagos eran frecuentes”.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.* “Por consiguiente, sólo concurre el testimonio directo del testigo protegido N° 1 que por sí solo, resulta insuficiente para tener por debidamente acreditada la participación y responsabilidad que se le imputa en este delito, que por su gravedad, exige un alto estándar de prueba.”

¹³⁸ *Ibíd.* Considerando Decimocuarto.

¹³⁹ *Ibíd.* Considerando Undécimo: “Que, el tribunal dará crédito al testimonio aportado por los testigos de las partes acusadoras, ya individualizados, quienes proporcionaron una relación circunstanciada de los hechos, sus

Resulta curioso pensar en las razones que llevaron al tribunal a dedicar una valoración especial a una declaración llena de contradicciones que termina por ser desechada y no hacerlo con la declaración clave del testigo protegido N° 1 que sirvió al tribunal de forma determinante para fundamentar la única condena del caso, declaración que le mereció solo una valoración genérica junto con decenas de testigos más incluyendo la denominada prueba de contexto.

Esto podría verse como una infracción del deber que tiene el tribunal de fundamentar la sentencia refiriéndose a cada una de las pruebas aportadas en juicio. El tribunal no da razones por las cuales le da fiabilidad específicamente a ese testigo de cargo clave para el caso. Solo una referencia genérica para todos los testimonios presentados por la parte acusadora.

Queda expuesta, entonces la gran diferencia de valoración para el mismo testigo entre el primer juicio y el segundo. En el primero se consideró al testigo N° 1 como de nula fiabilidad incluso hasta el límite de poder considerarlo con participación criminal en el hecho delictivo. En cambio en la segunda se le da plena validez y se convierte en un testimonio determinante para fundamentar la condena.

3.3.1.2.2. La valoración en el caso Patricia Troncoso.

En el primer juicio, existen dos considerandos en los cuales el tribunal valora la prueba, el Considerando Cuarto y el Decimoséptimo. La valoración de los testigos protegidos transcurre de la siguiente forma: En el considerando cuarto, comienza haciendo una exposición de la declaración, luego una exposición de lo ocurrido en el contraexamen y finaliza con la apreciación de la prueba en algunos casos. En este considerando el tribunal, para cada testimonio no refiere el punto específico que desvaloriza la declaración, pero se pueden desprender de la lectura de ésta y sobre todo del contraexamen.

versiones son coincidentes unas con otras en una secuencia lógica tanto en tiempo y espacio; provienen de personas que presenciaron los acontecimientos a que se refieren, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, por lo que aparecen como veraces y creíbles; concuerdan además, con la evidencia material, documental y audiovisual incorporada al juicio; siendo avaladas por los informes periciales emitidos por los peritos, ya individualizados, quienes detallaron su experticia en la audiencia respectiva, unidos a las fotografías que ilustran el sitio del suceso relacionadas con los predios afectados, corroborados con los atestados de los Carabineros quienes intervinieron con posterioridad a la ocurrencia de los hechos deteniendo a los acusados y practicaron, cada cual en su especialidad, las diligencias indagatorias pertinentes.

Por tales razones, los antecedentes de juicio que se analizan, apreciados con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: [...]"

Así expone en el Considerando Cuarto, a cada uno de los testigos protegidos:

1.- TESTIGO N° 26 (48 A A)

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: De allí que los dichos de este testigo, por su inconsistencia, resultaron faltos de veracidad y de credibilidad.]

2.- TESTIGO PROTEGIDO N° 25 (N° 45 AA.)

[declaración]; [contraexamen y confrontación con declaración anterior]; [valoración: Igualmente, los dichos de este testigo carecen de consistencia y son vagos e imprecisos.]

3.- TESTIGO A 2 (N° 73 AA).

[declaración]; [contraexamen y confrontación con declaración anterior]; [valoración: Por estas circunstancias, su atestado carece de veracidad y credibilidad].

4.- TESTIGO PROTEGIDO N° 28 (N° 54 AA., fs. 34).

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: no consta en este considerando]

5.- TESTIGO PROTEGIDO N° 9 (12 AA)

[declaración]; [confrontación con declaraciones anteriores]; [valoración: no consta en este considerando]

6.- TESTIGO PROTEGIDO N° 33 (N° 58 AA.)

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: no consta en este considerando]

7.- TESTIGO PROTEGIDO N° 21 (27 AA).

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: no consta en este considerando]

8.- TESTIGO PROTEGIDO 34 (N° 59 AA)

[declaración]¹⁴⁰; [contraexamen]; [valoración: Por sus contradicciones, las aseveraciones de esta testigo no son ni veraces ni creíbles].

9.- TESTIGO PROTEGIDO "A" (13 AA)

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: Al igual que la anterior deponente, los dichos de este testigo carecen de veracidad y credibilidad].

10.- TESTIGO PROTEGIDO N° 7 (10 AA)

[declaración]; [contraexamen]; [valoración: no consta en este considerando]

Es menester señalar que todos los testigos protegidos expresan el ambiente social y político que se vivía en las comunidades en cuestión. Sin embargo, al considerar que el delito imputado era la asociación ilícita y la hipótesis del caso la existencia de una

¹⁴⁰ Como dijo haber visto en dos reuniones a Patricia Troncoso Robles, se le pide observe si está en la sala, como igualmente si ve en ella a José Francisco Llanca Ahilla, y la testigo afirma que esas personas no se encuentran en la sala, "no los veo", dijo; "no están".

organización paralela y al amparo de la CAM estos empiezan a perder consistencia, pues no ayudan, a criterio del tribunal, a probar dicha hipótesis. Cuya prueba por lo demás no es fácil.

Es en el considerando decimoséptimo en que hace el grueso de la valoración. Establece las razones por las cuales los testigos protegidos no son idóneos para probar el delito imputado.

Existen tres razones por las cuales el tribunal al valorar la prueba de testigos protegidos la termina desechando. La primera es genérica y dice relación con la forma en que se rindió, la imposibilidad de un adecuado y efectivo contraexamen, lo cual contravendría normas internacionales. Esto a criterio del sentenciador pudiera restarle validez a la prueba.¹⁴¹

La segunda se refiere a las incoherencias y contradicciones de las declaraciones que fueron expresadas en el considerando cuarto para algunas de las declaraciones. De un total de diez, cinco fueron objeto de estas observaciones.¹⁴²

La tercera es la poca idoneidad de los testigos protegidos ya que no se refirieron a otra organización sino a la CAM.¹⁴³ Concluyendo que “Como se advirtió, ninguno de estos testigos hizo referencia a algún cuerpo organizado distinto de la Coordinadora Arauco Malleco, y en las ocasiones en que mencionaron a los dirigentes de esta última incluyeron

¹⁴¹ STC. T.J.O.P. de Temuco. 9 de noviembre de 2004. RIT: 080/2004. Considerando Decimoséptimo. Ver SUPRA: 3.2.2.2.2.y 3.3.1.1.

¹⁴² Ibídem. “[...] no son tampoco idóneos para el fin deseado por los acusadores, pues la mayoría incurrió en contradicciones e incoherencias, como se dijo en su oportunidad [...]”.

¹⁴³ Ibídem. “[...] en todo caso, al referirse a una organización la mencionaron como la Coordinadora Arauco Malleco, no a otro cuerpo distinto de ésta; así, el **testigo 26**, obrero forestal, dijo: “encontramos un rehue y una pancarta que señalaba que se trataba de la recuperación de territorio mapuche por parte de la Coordinadora Arauco Malleco...” “Huaiquin me manifestó que estaba coordinado con la Coordinadora Arauco Malleco...”; el **testigo 25**: “...en esa fecha había una organización que estaba en recuperación de la tierra mapuche... según ellos eran de la Coordinadora Arauco-Malleco, fueron a organizar a los peñis de la comunidad...el jefe de la CAM dijo que si alguno no estaba de acuerdo, que lo dijera...”; el **testigo A 2**: “... la comunidad es bastante tranquila, hasta que llegaron de la Coordinadora Arauco Malleco.... Los de la Coordinadora Arauco Malleco eran tres personas...”; el **testigo 28**, expresó: “... Vamos a traer la Coordinadora de Lumaco para que les dé instrucciones...”, el testigo 9: señaló: “... de la CAM sé que en enero de 2001 llegaron al sector la Chepa y el Negro a la casa de Juan Ciriaco Millacheo...detrás de estos hechos estaba la Chepa porque los mismos que se salieron decían que era de la Coordinadora Arauco Malleco...”, el **testigo 33**: “de la CAM sé que es una organización violentista, ajena a los mapuches, que llegó allá por el 2000 o 2001... estaba la Chepa, José Llanquilef, José Huenchulao, ellos llegaron a la comunidad Chequenco donde Ciriaco Millacheo...”; el **testigo 21**: “...se presentaron dirigentes de la Coordinadora Arauco Malleco. Como jefes de este grupo el sr. Llaitul, Llanquileo, Llanca y srta. Troncoso, más conocida como la Chepa, esta última coordinaba las actividades de las comunidades del sector...”; el **testigo 34**: “... A estas reuniones el primero en llegar a la comunidad fue Víctor Ancalaf, Patricia Troncoso, la Chepa, y en algunas ocasiones el abogado Pablo Ortega... Detrás de estos hechos de violencia estaba el grupo que pertenecía a la Coordinadora Arauco Malleco, esas personas eran Víctor, la Chepa, el Héctor y en algunas ocasiones Pablo Ortega. Eran respaldados por la Coordinadora Arauco Malleco, así lo decían abiertamente...”; el **testigo A**: “... Huenchunao decía que era jefe de la Coordinadora Arauco Malleco, el Negro era el jefe menor que él y la sra. Chepa era jefe de terreno que coordinaba las reuniones en ese lugar... Esta gente de la Coordinadora, o sea, el Negro, Huenchunao y la Chepa, que venían de afuera, paraba donde Norín y Pichun...”, y finalmente el **testigo 7**: “Repentinamente aparece una coordinadora que se llama Arauco Malleco, que la identifiqué con Patricia Troncoso [...]”

entre ellos a Patricia Troncoso Robles, la que es sindicada como miembro y dirigente sólo de esa organización y no de alguna otra”¹⁴⁴.

En su considerando Decimoséptimo, expone por qué los testimonios de algunos testigos protegidos no lograron probar la voluntad asociativa distinta a la CAM, contemplando las frases en donde los testigos protegidos indicaban a la CAM como la organización objeto de los cuestionamiento y no una que existiera al amparo de ella, el cual en definitiva era la hipótesis del Ministerio Público.

Es interesante observar la forma en que el juez valora los testimonios usando como criterio principal la naturaleza propia del tipo penal imputado y la hipótesis central de la acusación para determinar el valor de las declaraciones. Desechando todo lo demás de aquellas declaraciones que no servían directamente para la prueba del delito de asociación ilícita.

Así el tribunal no entra a explicar cada una de las contradicciones que tiene el testimonio completo. Le basta con referir la contradicción con la hipótesis del caso. El solo hecho de esta contradicción crucial es suficiente para no tener que referirse a las demás partes. La sentencia entiende innecesario referirse al testimonio completo, lo cual parece acertado si se toma en cuenta la gran cantidad de prueba que debe valorar en la sentencia, pareciera una decisión lo bastante racional y lógica, que una vez demostrado que el testimonio no es idóneo para probar la acusación, no seguir refiriéndose a los demás aspectos de éste.

En el segundo juicio también se absolvió a los imputados, con un voto disidente. La forma fue la siguiente: En el Considerando Séptimo se exponen todos los testimonios presentados por la parte acusadora, aquí los testigos protegidos no tienen una especial mención de la forma en que prestaron declaración, siendo esta una de las primeras diferencias con la sentencia anterior.

Luego en el Considerando Noveno se hace una especie de clasificación de los testimonios según el punto de prueba. Es aquí donde los cinco testigos protegidos quedan clasificados en el N° 2, esto es “Testigos que, al narrar los atentados de que fueron objeto las propiedades de la zona, los relacionaron con la CAM por antecedentes que obtuvieron directa o indirectamente.”¹⁴⁵ En específico la letra j).

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ STC. T.J.O.P. de Temuco. 27 de julio de 2005. RIT: 080/2004. Considerando Noveno: “Que, teniendo presente los requisitos indispensables para tener por configurada una asociación ilícita, se entrará a evaluar los medios probatorios rendidos en la audiencia para acreditarla. [...]

2) [...] j) Cinco testigos protegidos: que a sus comunidades llegaron afuerinos que se alojaban en casa de comuneros y les hacían saber, en reuniones que allí celebraban, que tenían que recuperar las tierras que les

Es una evaluación algo extraña. Pues en la clasificación se limita a reproducir una serie de afirmaciones que intentan resumir las declaraciones de los cinco testigos protegidos. Con esto a lo máximo se puede deducir que son las afirmaciones a las cuales el tribunal les dio crédito, siendo estas una especie de resumen de lo que se puede rescatar como verídico y atinente de las declaraciones.

Luego de este ejercicio, los testigos protegidos son solo referidos en el Considerando Décimo para llegar a determinadas conclusiones¹⁴⁶.

Es posible deducir que el tribunal les da valor y credibilidad a las declaraciones de los testigos protegidos. Esto porque no expresa ningún punto que desvalorice la prueba respecto a la credibilidad propiamente tal de las declaraciones y porque tiene en cuenta en definitiva lo que dijeron por lo menos respecto a la CAM.

Es tan genérica la evaluación que hace respecto de los testimonios que resulta imposible saber en grado específico el peso que tuvieron los testimonios. Sin embargo, al igual que la sentencia del primer juicio, estos testimonios contradicen la hipótesis del caso del Ministerio Público y eso es lo que expone y tiene presente el tribunal en su considerando noveno.

Esas son las únicas referencias a los testigos protegidos que tiene la segunda sentencia. Junto con el voto disidente que solo expresa una valoración en conjunto para llegar a unas conclusiones distintas.¹⁴⁷

3.3.1.2.2. La valoración en el caso de Héctor Llaitul.

habían sido usurpadas, **y ellos, que eran de la CAM**, habían llegado a prestarles apoyo, y que ya habían realizado esas “tomas productivas” en Arauco y en Malleco. Instalaron en medio de un campo de una de sus comunidades, junto a un rehue, un lienzo que decía “Recuperación **de territorio mapuche por la Comunidad Agustín Chihuaicura y la Coordinadora Arauco Malleco** [...]”

¹⁴⁶ Ibíd. Considerando Décimo. “Que el análisis y valoración de todos y cada uno de los medios probatorios antes reseñados, llevan a las siguientes conclusiones:

a) Que quienes comparecieron a la audiencia, en calidad de víctimas, testigos propiamente tales y funcionarios policiales que concurrieron al lugar cuando los hechos ilícitos se cometían (Nºs 1, 2 y 3 y letras a) ,g) ,h), i), j) ,k) m) y n) del Nº 4 del considerando que antecede), se refirieron a la Coordinadora Arauco Malleco o CAM, como un ente que amparaba, prestaba apoyo o se encontraba detrás de quienes los cometían, quedando como huella de su accionar, lienzos y panfletos con su sigla. Hubo quienes sólo oyeron comentar respecto de tal grupo u organización- incluso admitieron haberlo oído en los medios de comunicación social [...]”

¹⁴⁷ Ibíd. Voto disidente: “[...] V.- El Ministerio Público, a través de la prueba rendida en el juicio, consistente en la declaración de testigos, peritos, informes periciales ratificados en juicio por sus autores, documentos, videos, grabaciones y fotografías, la cual ha sido apreciada por este juez en los términos de la exigencia del artículo 297 del Código Procesal Penal, le ha permitido tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que la organización que planificó, participó y ejecutó los delitos descritos en la acusación ocurridos en la Novena Región bajo el nombre de Coordinadora Arauco-Malleco, constituye una asociación ilícita descrita en los artículos 292 y siguientes del Código Penal”

En este caso el tribunal fue valorando los testimonios conforme a 3 grupos de delitos referidos en la acusación. Respecto a los testigos protegidos, los que declararon en total eran 8, para cada grupo de delitos existía un testimonio relevante para probar la participación de los acusados en los hechos imputados. Así para el primer grupo, el testigo N° 26 era clave, en el segundo grupo el testigo A y para el tercero el testigo N° 27. Es menester señalar que esta sentencia cuenta con un voto de minoría que valoró de forma distinta el testimonio N° 26.

La valoración que el tribunal hace del testigo protegido N° 26 es algo particular. En un principio lo toma como “un punto de partida”¹⁴⁸ pues a “a partir de los dichos del testigo [...] surgen elementos concretos que permiten atribuir intervención culpable a determinados acusados [...] considerando la sindicación que efectúa de varios de ellos [...]”¹⁴⁹. Para luego complementarlos con otros elementos de cargo, principalmente el testimonio de oídas de los funcionarios policiales que tomaron declaración de un imputado, lo cual fue bastante cuestionado en el juicio y criticada por el voto de minoría adema de unas escuchas telefónicas. Este ejercicio permite al tribunal “verificar que exista la debida correspondencia entre los dichos de este testigo y los demás medios de prueba introducidos al juicio, de manera que solo así, se pueda dar plena fuerza y valor probatorio a su testimonio.”¹⁵⁰ Llevando al tribunal a concluir más allá de toda duda razonable, que a determinados imputados les correspondió participación en los hechos.

Éste pareciera ser un razonamiento circular. No se sabe cuándo el testimonio cobra valor probatorio. En primer lugar hay que descartar un ejercicio de mera sumatoria probatoria, aquí no se trata de que aisladamente el testimonio tenga un valor que sumado a al valor del restante acervo probatorio creen convicción. No es posible el valor de uno sin el otro, ninguno pareciera tener valor intrínseco el cual se pueda sumar.

Más bien el testimonio funciona “como punto de partida”; valoriza al restante acervo probatorio, le da la vertebración necesaria pero éste a su vez ya valorizado le da plena validez a aquél. Aparenta el tribunal que la declaración del testigo protegido cobra validez por corresponderse con el acervo probatorio, no por el testimonio propiamente tal, sin

¹⁴⁸ STC. T.J.O.P. de Cañete. 22 de marzo de 2011. RIT: 35-2010. Considerando 46°: “Que en orden a establecer fundadamente la participación que a determinados encartados le cabe en estos hechos, se ha tenido particular consideración de los dichos proporcionados por el testigo con identidad reservada N° 26, dichos que tal como se mencionó, durante la entrega del veredicto condenatorio de esta causa, solo fueron empleados como punto de partida para la construcción de su participación, habiendo sido la misma debidamente corroborada con otros elementos de incriminación presentados durante el juicio, respecto de los cuales se hará la debida mención y análisis en esta exposición”.

¹⁴⁹ *Ibíd.* Considerando 48°.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Considerando 56°.

embargo la construcción del valor de la prueba corroborativa está dada por el “punto de partida” del testimonio, el cual cobrando valor valoriza el acervo que a su vez valoriza el testimonio. Es un ciclo argumentativo que parte con la “particular consideración” que tiene el tribunal de la declaración, que no es otra cosa que un eufemismo para referirse en definitiva, a que el testimonio del testigo protegido N° 26 es determinante para fundamentar la condena del primer grupo de delitos.

En cambio para el voto de minoría la declaración de dicho testigo “es ineficaz para formar convicción, por cuanto merece reparos tanto en su aspecto externo como interno, los cuales no proviene propiamente de su calidad de testigo con identidad reservada”¹⁵¹. En un primer lugar, a su juicio, la defensa vio vulnerado su derecho por no poder realizar en la práctica las preguntas tendientes a verificar la imparcialidad, credibilidad o idoneidad del testigo. En segundo lugar tomó en consideración la calidad de imputado en los hechos que tenía dicho testigo, surgiendo de ahí el cuestionamiento a la valoración de la prueba, pues obtuvo de manera excepcional el no ser perseguido penalmente, situación que la legislación nacional no contempla y “que afecta el derecho de defensa al impedir preguntas que buscan establecer su credibilidad, imparcialidad o idoneidad, puesto que en el conainterrogatorio se corre el riesgo de descubrir su identidad con sus respuestas, siendo precisamente en este caso cuando las preguntas que tiendan a descubrir eventuales motivaciones secundarias que inciten al testigo a declarar revisten vital importancia”¹⁵² todo lo cual llevó a tener una valoración negativa del testimonio.

Para el segundo grupo clave era el testimonio de A y B, sin embargo éstos fueron introducidos al juicio oral por la declaración de funcionarios policiales que oficiaron como testigos de oídas. El tribunal sin desmerecer la institución del testigo de oídas, analiza el valor probatorio de éstos, extrañándose “que de parte del Ministerio Público, no se hubiere insistido en obtener la comparecencia compulsiva de los mentados testigos, ya que [...] pese a encontrarse bajo reserva de identidad, y con protección de parte del Ministerio Público, se desdijeron de sus dichos, atribuyendo sus declaraciones a la existencia de apremios en su contra”¹⁵³. Por ello el tribunal consideró que existían ciertas dudas razonables en torno a los testimonios.

Para el tercer grupo de delitos un testigo relevante era el N° 27. El tribunal en primer lugar tomo en consideración que parte de sus dichos no se corroboraban con el resto de la prueba de cargo. En segundo lugar consideró la ambigüedad con que declaró y el hecho de

¹⁵¹ *Ibíd.* Voto de minoría III letra A.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.* Considerando 89°.

eludir responder a preguntas importantes como la toma de conocimiento de los hechos, teniendo presente que el testigo demostraba tener algún grado de participación en los hechos o sabía perfectamente, por alguna razón lo que pasaba en el lugar.¹⁵⁴ Todo lo cual llevó a tener una valoración negativa o insuficiente para crear convicción en el tribunal.

3.3.3. Los beneficios de la reserva de identidad.

3.3.3.1. La persecución penal del testigo protegido.

La persecución de la responsabilidad penal que les corresponde a los testigos por las declaraciones prestadas en juicio, es uno de los aspectos problemáticos de la reserva de identidad. Desde el falso testimonio hasta la responsabilidad en los hechos objetos del juicio, son asuntos a los que ordinariamente los testigos están sometidos. Son mecanismos que no solo sirven de garantía para la defensa, sino que también para el sano desarrollo de todo el proceso penal.

Lo que ocurre con esta responsabilidad en relación a los testigos protegidos no está claro. Al ser la identidad del testigo una información oculta para la defensa, estos mecanismos se ven claramente afectados. Por lo demás la ley no contempla estas situaciones de forma especial para este tipo de testigos.

Cabe preguntarse qué es lo que pasa si alguno de estos testigos protegidos cae en falso testimonio, o por su declaración se desprende algún tipo de responsabilidad, sobre todo penal. Ciertamente perseguir bajo estas circunstancias la responsabilidad de aquellos no es fácil, y no se contemplan mecanismos especiales para hacerlo. Por lo que podría sostenerse que éstos gozan de cierto tipo de inmunidad, que la protección de la identidad no sólo alcanza a la defensa ocultando la identidad, sino que a la sociedad toda, por la imposibilidad de perseguir su responsabilidad por sus declaraciones.

En el caso de Norín y Pichún se dio una situación así. Aquí con respecto al testigo protegido N°1. En la sentencia del primer juicio, quedó constancia de uno de los alegatos de

¹⁵⁴ Ibíd. Considerando 111° “se debe analizar el real valor que se le puede dar a los dichos de este testigo, ya que si bien, parece sincero en sus aseveraciones, no se debe olvidar que en ciertos aspectos es bastante acomodaticio para declarar, toda vez que mediante expresiones como “creo que”, “entiendo que” o “me dijeron que”, elude responder derechamente acerca de puntos que son importantes, como la forma en que tomó conocimiento de todo lo que estaba sucediendo en esa zona, o sobre qué es lo que hacía realmente en dicho lugar, en circunstancias que salta a la vista que, o tuvo algún grado de participación concreta en tales hechos, o en su caso, conocía perfectamente lo que realmente pasaba en el lugar, negándose en definitiva a entregar al Tribunal una información que resultase algo más detallada o precisa sobre este punto”.

los abogados de la defensa quien señaló, que por falta de una declaración previa del testigo no se pudo contrastar una contradicción en la cual había caído; esto impidió determinar el delito de perjurio.¹⁵⁵ Así los abogados de la defensa en el segundo juicio de este mismo caso trataron de perseguir la responsabilidad penal que se desprendió de la declaración del testigo, pero sus esfuerzos fueron infructuosos.¹⁵⁶

3.3.3.2. Los testigos que debiesen ser imputados.

Los testigos que debiesen ser imputados, son aquellos que tuvieron algún grado de participación en el delito objeto del juicio y que por el hecho de declarar en juicio en contra de los imputados obtiene algún beneficio en la persecución penal por parte de la fiscalía, como por ejemplo no ser imputado por dicho delito. Existen figuras especiales que permiten ciertos beneficios en determinados casos, como el colaborador eficaz, sin embargo ninguna supone la impunidad.

Esta situación plantea diversos tipos de problemas, para efectos de este trabajo el principal de ellos es la credibilidad que puede tener un testimonio que está trazado por el interés que se tiene en percibir el beneficio de la no persecución penal que promete el ente acusador.

Los testigos que tuvieron algún grado de participación en los delitos eran frecuentes en los casos y sus testimonios eran muy relevantes para probar la participación de los imputados. De los tres casos estudiados, en dos se denunció y constató la existencia de testigos que debiesen estar imputados, en ambos casos, todos eran testimonios relevantes para determinar la participación. Así el testigo N° 1 en el caso Norín y Pichún, los testigos A, N° 26 y N° 27 en el caso de Héctor Llaitul; para los distintos grupos de delitos eran determinantes. Todos éstos tenían algún grado de participación en los delitos.

Una primera situación especialmente grave la dio a conocer el tribunal en su valoración del testigo N° 1 en el caso Norín y Pichún.¹⁵⁷ Éste testigo clave y determinante,

¹⁵⁵ STC. T.J.O.P. de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Octavo. Defensa de Patricia Troncoso (también imputada en el caso) “el testigo reservado N° 1 situó primero los hechos 2 meses antes y luego 2 meses después de lo señalado en la acusación y que su falta de declaración previa impidió contrastar y determinar en su caso un delito de perjurio”.

¹⁵⁶ STC. T.J.O.P. de Angol. 27 de septiembre de 2003. Considerando Vigésimo tercero: “Que, en su alegato final, la defensa de Pascual Pichún solicitó que se alce la prohibición de revelar la identidad del testigo protegido número 1º para iniciar acciones legales en su contra, petición que se desestima atendida la naturaleza y gravedad de los delitos establecidos en esta sentencia”.

¹⁵⁷ STC. T.J.O.P. de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Decimoprimer: “[...] incluso hay contradicciones en las motivaciones según el testimonio del dueño del predio y del testigo con identidad reservada N° 1, este último además de parecer impreciso en los contrainterrogatorios, demostró con sus

por el tenor de su declaración pareció haber tenido participación en los hechos imputados, o sea, un posible coimputado declarando en juicio. Este hecho era desconocido por parte del tribunal. Esto plantea una serie de asuntos problemáticos.

El primero de ellos es la posibilidad de perseguir la responsabilidad penal de dicho testigo. Ésta queda muy debilitada por la protección otorgada a su identidad. ¿Quién la persigue? Si el mismo Ministerio Público presentó al testigo, cabe preguntarse si era desconocida esa situación para ellos también, de ser así es una negligencia grave y poco decorosa que la fiscalía en el mismo juicio oral se entere que su testigo debiese estar sentado en el banquillo de los imputados.

Si no le era desconocida esta situación, entonces brotan una serie de preguntas: ¿decidió no acusarlo?, ¿por qué?. Otra posibilidad bastante verosímil es que hayan llegado a un acuerdo con el testigo, que por su declaración haya obtenido algún beneficio en ese aspecto, pero esto no se informó al tribunal. De ser así es extremadamente grave la situación y expresa además el grado de impunidad con que la fiscalía actúa respecto a la reserva de identidad.

Asimismo en el caso de Héctor Llaitul se dio una situación similar, especialmente con tres testigos que por su declaración se desprendía que habían tenido participación en los hechos delictivos.

El primero de ellos fue el testigo A o 1. Éste era un menor de edad de aproximadamente 13 años cuando ocurrieron los hechos. De su declaración se desprendió que había tenido participación en el segundo grupo de delitos de la acusación, los cuales eran algunos de los incendios que afectaron el sector en conflicto. El menor quien había declarado frente a los policías y fiscal en cuatro ocasiones sin abogado defensor y junto a su padre, cuya declaración junto con la de su hermano fue introducida por funcionarios policiales en el juicio oral, sindicó a una serie de imputados como partícipes de los hechos en comento. En particular a esta declaración no se le dio mayor valor probatorio por no haber obtenido el fiscal la comparecencia compulsiva de los mentados testigos en el juicio oral.¹⁵⁸

El segundo de ellos fue el testigo N° 27, cuyo testimonio también era relevante para el tercer grupo de delitos. El tribunal una de las consideraciones que tuvo para restarle credibilidad a su declaración, fue que por sus dichos era posible concluir que manejaba mucha información de los acontecimientos en cuestión, lo que hacía suponer que había tenido algún grado de participación o por algún motivo sabía perfectamente lo que estaba

explicaciones lo ilógico de su conducta en cuanto sabiendo de antemano, como él dice, que se iba a quemar el chalet donde vivían personas, no avisó al dueño, dando una excusa absolutamente desconcertante, que incluso lo podría incriminar penalmente, sin perjuicio, de su nula fiabilidad según se evaluó libremente por el tribunal.

¹⁵⁸ STC. T.J.O.P. de Cañete. 22 de marzo de 2011. Considerando 89°.

ocurriendo. Como el testigo no fue capaz de dar razón de sus dichos, o sea como tomó conocimiento de los hechos, su testimonio pierde credibilidad.¹⁵⁹

El tercero de ellos fue el testigo N° 26, quien fue la piedra angular de la fiscalía para probar la participación de los imputados en un primer grupo de hechos delictivos y por los cuales fueron condenados, de cuyo testimonio también se desprendió que habría tenido un grado de participación.

Frente a las alegaciones de las defensas a este respecto el tribunal sostuvo “Que no es argumento suficiente para desestimar los dichos del testigo con identidad reservada N° 26, el que a través de su testimonio, también pudiese incriminársele en los hechos, [...] Lo anterior, por cuanto existirían normas que regulan la delación entre copartícipes, como ocurre con el artículo 22 de la Ley 20.000, o el artículo 4° de la Ley 18.314, generando atenuantes privilegiadas, que rebajan sustantivamente la penalidad prevista para los delitos a que ellas se refieren, pero que no generan la impunidad como recompensa, tal como en concepto de la defensa, habría sucedido en este caso.”¹⁶⁰

El tribunal sostiene que no se puede hablar de impunidad pues se desconoce si a futuro el Ministerio Público ejercerá la acción penal en contra del testigo, pues no ha vencido el plazo de prescripción¹⁶¹, concluyendo que “de modo tal que las consideraciones que se han esgrimido, forman parte más bien, de la valoración que sobre sus dichos se puede hacer, mas no son, un argumento para sostener la ilicitud de los mismos.”¹⁶²

Al ser una cuestión de la valoración el tribunal terminó por darle pleno valor probatorio al testigo N° 26 como se vio anteriormente.

En cambio el voto de minoría razonó distinto, sosteniendo que “Las objeciones descritas a éste testimonio se agravan al inferirse de su propio relato y también de testimonios de funcionarios policiales que participaron en la investigación de estos hechos, entre ellos los funcionarios de la Policía de Investigaciones José Luis López Leiva y Alfredo Espinoza Ugarte, que el testigo con reserva de identidad N°26 era uno más de los imputados por los hechos y fue detenido en el curso de la investigación de los mismos, y que en dicha calidad, habría manifestado su voluntad de declarar y prestar colaboración, dándosele

¹⁵⁹ Ibíd. Considerando 111°

¹⁶⁰ Ibíd. Considerando N° 71,

¹⁶¹ Ibídem. “Lo anterior, por cuanto aquella tesis de la impunidad del testigo, no parece que pueda plantearse de modo tan palmario en este juicio, de momento que se desconoce por el Tribunal, si efectivamente a futuro se ejercerá la acción penal en contra de este individuo, considerando que aún no transcurre el plazo para la prescripción de la acción penal, pero lo que es más relevante aún, por las características que tendría la participación de dicho encartado, que conforme lo reconocen las propias defensas, habría de encuadrarla dentro de lo dispuesto en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, vale decir, en una hipótesis de autoría, que resulta diversa de aquella prevista en el N° 1 del mismo artículo[...]

¹⁶² Ibíd. Considerando 71°.

posteriormente la calidad y protección de testigo, lo cual rebaja su mérito probatorio, puesto que resultó evidente que no fue acusado por los hechos materia del juicio, aún cuando de su mismo relato aparece situado de igual manera que otros imputados que si lo fueron, tal como Carlos Muñoz Huenuman, siendo plausible concluir que al prestar declaración obtuvo una ganancia o beneficio relevante, restando credibilidad de la declaración obtenida”.

En el caso en cuestión y más allá del voto disidente, se terminó por condenar a una serie de imputados con el mérito de la declaración del testigo N° 26. El tribunal si bien es cierto que hizo mención de esta falencia que implica efectos en la órbita de la valoración, al momento de valorar la prueba testimonial, el hecho de que el testigo haya tenido participación en los hechos y que el tribunal ignorara si se ejercería la acción penal contra él, no influyó para revertir la decisión de darle plena validez al testimonio para fundamentar la condena por un primer grupo de delitos. Esa ignorancia respecto a la acción penal, debió haber motivado alguna duda razonable en el tribunal por los posibles beneficios que podría obtener el testigo a cambio de su declaración. Pues la ignorancia no lo lleva a la duda. Es en este tipo de casos cabe preguntarse si la fiscalía más que padecer los vacíos legales respecto a la protección de testigos; más bien los ocupa en beneficio del propio “éxito” de su acusación.

3.3.3.3. La credibilidad del testigo frente a otro tipo de beneficios a cambio de su declaración.

Otro aspecto problemático que se desprende de este tipo de situaciones es, qué ocurre con la credibilidad de los testigos protegidos que reciben beneficios por parte del Ministerio Público a cambio de su declaración, exceptuando aquellos relacionados con la persecución penal del testigo. La poca transparencia que existe a este respecto dificulta el estudio del problema.

En el orden común de la valoración de las declaraciones de los testigos, en un sistema de sana crítica, los beneficios que reciban éstos a cambio de su declaración debería ser un aspecto a evaluar a la hora de determinar la credibilidad de un testigo. Es lógico que si una persona se está beneficiando con algún tipo de ayuda por el hecho de prestar declaración en el juicio esto sea considerado en la valoración del juez. Pues puede perfectamente motivar algún tipo de matiz que pueda afectar la declaración.

La reserva de la identidad del testigo afecta a la transparencia de este tipo de situaciones. Pues las ayudas y beneficios recibidos por el testigo pueden caer en el ámbito

personal de éste convirtiéndose en un hecho oculto no solo para la defensa sino también para el juez.

Una situación como ésta salió a relucir en el segundo juicio del caso de Patricia Troncoso y otros. Luis Nancucho Huenulao, un testigo que tenía calidad de protegido en el primer juicio que decidió renunciar a ésta en el segundo “se reubicó, con ayuda de la Fiscalía, en otra parte, y le dan dinero para un balón de gas al mes”¹⁶³. Es interesante notar que este hecho se consigna en el segundo juicio, una vez que el testigo renuncia a su calidad de protegido. No se sabe si el testigo recibía éste dinero antes de renunciar a su protección. Tampoco para el análisis interesa el monto de la ayuda. Lo importante aquí es que no hay ninguna norma legal que obligue al Ministerio Público a informar sobre los beneficios que recibe el testigo a cambio de su declaración.

Es sabido que en ciertos casos la fiscalía realiza estas ayudas, que pueden ser bastante legítimas, pero la poca transparencia y la influencia que pueden ejercer éstas en la declaración de un testigo deberían ser transparentadas. Bajo un sistema bien diseñado de ayuda a los testigos que se reubican, es lógico que se les den los medios necesarios para su adecuada subsistencia, medios que se suponen dejan de tener por la reubicación. No es del caso criticar los criterios que tiene la fiscalía para la entrega de estas ayudas. O que sí es importante hacer énfasis en la transparencia. En el hecho de que esta información es importante tenerla al momento de valorar el testimonio y que de hecho no se puede o se hace dificultoso acceder a esta cuando el testigo tiene reserva de identidad. Es un aspecto que la legislación que permite la reserva debiese tener contemplado.

3.3.3.4. Omisión de la subjetividad política del testigo para determinar su credibilidad.

Se observó un caso donde la subjetividad política de algunos testigos se expresó abiertamente contraria a la de los imputados¹⁶⁴. En el particular, los testigos pertenecían a comunidades donde se habían realizado elecciones para dirigentes dentro de su comunidad, constando en sus declaraciones circunstancias de participación en facciones y listas de directivas para las elecciones opuestas a las del imputado, entre otros, junto con un cargado discurso negativo y de reproche por la actividad y posición política de los acusados.

¹⁶³ STC. T.J.O.P. de Temuco. 27 de julio de 2005. RIT: 080/2004. Considerando Séptimo.

¹⁶⁴ En el caso de Patricia Troncoso, tanto en el primer como en el segundo juicio, en el considerando cuarto y séptimo, respectivamente se pueden ver los distintos testimonios de los testigos protegidos.

La polarización política vívida en la comunidad, era trazada por la adopción de dos posturas distintas frente a la forma de la reivindicación de sus derechos territoriales, por un lado la vía burocrática y por otro la subversiva, esta circunstancia logra constituirse como un hecho relevante para determinar las posibles motivaciones de la declaración. Esta polarización es un factor constituyente del escenario político, del contexto de conflicto compartido en todos los casos en estudio, por lo que se puede extender su existencia y valor a éstos, aun cuando en los demás casos no se explicita el contenido político de la declaración.

El hecho de la posición política de los testigos, abiertamente opuesta a la de los imputados, no fue mencionado específicamente dentro de las consideraciones del tribunal. En el caso específico, las declaraciones de los testigos no servían para probar la teoría del caso. En el primer juicio los testimonios fueron desestimados porque no ayudaron a confirmar la hipótesis de la acusación, por lo demás, algunos fueron considerados poco veraces o poco creíbles, también inconsistentes. En el segundo juicio del caso en cuestión, los testigos protegidos ni siquiera tuvieron expresamente una valoración especial. Pero más allá de estas diferencias, a la hora de determinar la credibilidad del testigo no se hizo mención alguna de su adscripción política, fuertemente contraria a los acusados. No es posible saber si la subjetividad política influyó y hasta qué grado lo hizo, en la valoración del tribunal, pues no se hizo mención alguna al momento de valorar la prueba. Así, es posible afirmar que no fue considerado expresamente este elemento, el que fue omitido.

Tal como se verá más adelante el criterio o estándar de exigencia al momento de valorar la prueba cambian si se trata de una sentencia absolutoria o una condenatoria, pues en el caso de la última se exigiría, según voto de minoría de Milton Juica¹⁶⁵ una actividad más acuciosa en la valoración por parte del tribunal. Esta distinción no resta fuerza a la importancia de la omisión del caso en comento, por el contrario es razonable concluir, por compartir el mismo contexto (a tal punto que algunos de los imputados y testigos en los distintos casos llegan a repetirse) que la subjetividad política mostrada en el caso particular está presente, pero oculta en los demás casos incluidos los que tuvieron sentencia condenatoria.

Así la sentencia en cuestión ilustra como el contexto del conflicto chileno-mapuche traza y permea la declaración y sus motivaciones, volviéndose la subjetividad política del testigo un elemento ineludible al momento de valorar un testimonio bajo este contexto, máxime si son testigos protegidos. En consecuencia, es preocupante que en los tres casos

¹⁶⁵ Ver INFRA 3.3.2.1.

estudiados, la subjetividad política de los testigos protegidos no haya sido parte de la valoración del tribunal al momento de establecer la credibilidad y motivación del testimonio.

Se puede observar entonces, como la reserva de identidad obstruye o derechamente impide indagar y constituir la subjetividad política del testigo. La reserva de identidad se expande, ocultando la propia subjetividad, en este caso la política. Como consecuencia de esto, al momento de valorar el testimonio se prescinde de este elemento, impidiendo una adecuada ponderación de los elementos más importantes que lo conforman, como lo es la motivación política en un contexto de conflicto y polarización.

Como la reserva de identidad obstruye la indagación en la subjetividad política del testigo volviéndola engorrosa para la defensa, termina por desaparecer a la hora de la valoración por parte del juez. Erigiéndose este efecto, en un elemento más del blindaje que obtiene el testimonio por la aplicación de la reserva. Pues en condiciones no anónimas, en un contexto de fuerte polarización política en las comunidades que se ven sometidas al conflicto chileno-mapuche, tal como se desprende de las declaraciones de los testigos en el caso en cuestión, la subjetividad política del testigo y su relación con la motivación de la declaración, sería un elemento relevante para la valoración de la prueba.

Utilizando los criterios establecidos por los tribunales superiores de justicia, para determinar si la valoración de la prueba fue suficientemente adecuada por parte del tribunal de juicio oral¹⁶⁶, se puede concluir que una valoración de un testimonio anónimo, realizado por la ley 18.314 y desarrollado bajo el conflicto chileno-mapuche, debería integrar a lo menos una mención o valoración sobre la subjetividad política del testigo, al momento de abordar las posibles motivaciones que lo llevan a declarar. El peligro potencial que reviste esta omisión sistemática, no es cuando se expresa la subjetividad política del testigo en su declaración, sino justamente, cuando no se manifiesta, pero existe oculta y la indagación de ella queda obstruida por el efecto que tiene la reserva en el conainterrogatorio de la defensa y por la rebaja, de ciertos criterios judiciales producidos por la naturaleza “terrorista” de los casos¹⁶⁷.

Esta omisión ocurrida en los tres casos de estudio, es una prueba de la rebaja de otro estándar judicial, en el momento de valorar una prueba, que según el criterio de la Corte Interamericana debería ser aplicada con recelo por su carácter lesivo.

¹⁶⁶ Ver INFRA 3.3.2.

¹⁶⁷ Tal como se vio en este trabajo al abordar el control judicial de la reserva de identidad.

3.3.2. Los criterios de los tribunales superiores.

Se puede ver como la Corte Suprema adopta un estándar distinto para las sentencias absolutorias y las condenatorias. Para las primeras ha tenido criterios muy exigentes en cuanto a los aspectos sobre los cuales deben pronunciarse en la sentencia, en particular la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) o d). Anulando en dos oportunidades los juicios absolutorios por no alcanzar el estándar dicha sentencia, pues no se han pronunciado sobre toda y cada una de las pruebas.

Sin embargo en la sentencia condenatoria que le toca conocer relaja el estándar, suavizando las omisiones y errores del T.J.O.P. encontrándolo no sustanciales.

Es menester señalar que el Ministro Juica en su voto disidente expone la existencia de dos estándares distintos. Sin embargo, la adopción de uno y otro es al revés. Debería adoptarse un estándar más relajado en esta materia en las sentencias absolutorias y otro más estricto en las condenatorias.

3.3.2.1. La nulidad en el caso Norín y Pichún.

La Corte Suprema anuló el primer juicio de Norín y Pichún por las causales del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo, por considerar que la sentencia recurrida no se hacía cargo de la prueba rendida durante dicho juicio, no dando ésta razones por las cuales descartó cierta prueba.¹⁶⁸ Con voto disidente del ministro Milton Juica.

En lo que respecta a los testigos protegidos la Corte reprocha que la sentencia no transcribiera parte de la declaración del testigo N° 1, que permite al tribunal valorar y llegar a las conclusiones que sostuvo en dicha sentencia.¹⁶⁹

En definitiva la Corte establece un estándar exigente para hacerse cargo de la prueba incluso aquella que descarta en una sentencia absolutoria. Distinta opinión tenía el ministro Juica quien haciendo otra interpretación de las normas disintió de esta exigencia.

El voto disidente pone énfasis en la distinción que hay que hacer entre una sentencia escrita condenatoria y una absolutoria.¹⁷⁰ En la primera se necesita la convicción del tribunal

¹⁶⁸STC. Corte Suprema. 2 de julio de 2003. ROL: 1743-03. Considerando Octavo: “Que de todo lo anterior resulta que la sentencia recurrida no cumple las exigencia de las normas relacionadas en el considerando quinto, y conforme a la interpretación que de ellas ha hecho esta Corte, no satisface ni remotamente la rigurosidad procesal que ella misma se exige [...]”

¹⁶⁹ Ibídem. “[...] pero para llegar a tales conclusiones el lector no dispone de las versiones que sobre el tema dio el testigo y el dueño del predio y qué tuvieron en vista los falladores para su recta valoración”.

más allá de toda duda razonable que a los acusados les cabe responsabilidad penal en los delitos imputados. Por ello se necesitaría un estándar en la valoración de la prueba mucho más exhaustiva que en una sentencia absolutoria.¹⁷¹

Respecto a la exigencia de fundamentar sobre los hechos que se estiman tanto probados como no probados estima que en “lo esencial, se trata de convencer de la manera más certera cómo se establecieron los hechos o circunstancias, pero dicho rigor no puede ser igual respecto de aquellos que no pudieron ser probados”¹⁷²

Además sostiene que más allá de las falencias que pueda presentar la sentencia escrita respecto de la valoración de la prueba, lo esencial es que al momento del debate público en el juicio oral, las pruebas rendidas en él no llevaron a esa convicción necesaria para condenar, con lo cual el tribunal quedó en el estado de la duda razonable, perdiendo así la relevancia necesaria para la nulidad¹⁷³ porque “los vacíos que se denuncian pues aún produciéndose, no tienen para el caso de la sentencia absolutoria la capacidad de influir sustancialmente en la decisión de absolver que adquirió el tribunal, porque ha quedado en evidencia que la prueba presentada por los acusadores provocó en los sentenciadores el estado de duda razonable”¹⁷⁴.

Es interesante este voto disidente pues cambia el estándar establecido por la Corte Suprema que ha llevado a anular esta clase de juicios, en consideración a la exigencia de una exhaustividad en la valoración de la prueba, incluso aquella que se desecha cuando se trata de sentencias absolutorias.

¹⁷⁰ Ibíd. Voto disidente. Considerando 7º “Que sin perjuicio de lo expresado en el considerando anterior el grado de exigencia en cuanto a los requisitos de la sentencia definitiva escrita, necesariamente deberá ser distinta según sea la decisión de condena o absolución que se adopte y a este respecto, cabe consignar que el artículo 340 del Código ya aludido contiene como principio básico que la decisión de condena sólo es posible cuando el tribunal adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”

¹⁷¹ Ibíd. Considerando 10º “Que lo anterior no significa desmerecer la exigencia de fundamentación de las sentencias que exigen los artículos 36, 297 y 342 del Código Procesal Penal, que sigue siendo básica para que la sociedad comprenda las razones contenidas en de las decisiones jurisdiccionales. El disidente sólo enfatiza que es fundamental explicar con el máximo de detalles y con valoración absoluta de la prueba en cuanto a la convicción de condena, ya que en esta situación, el Estado debe explicar a través de la jurisdicción que la calidad de inocencia de un imputado ha sucumbido frente a la prueba de cargo, la que en su valoración ha permitido dar por probados hechos y circunstancias básicos relativos a la existencia del hecho punible y a la culpabilidad del imputado y, en esta tarea, la exigencia, frente al castigo indudablemente tiene que ser de mayor rigurosidad que cuando el acusador no logra vencer esta convicción de condena que conlleva a la absolución”

¹⁷² Ibíd. Considerando 11º.

¹⁷³ Ibíd. Considerando 9º “Que de este modo, no cabe sino concluir que los jueces del tribunal oral, luego de presenciar el debate público acerca de las acusaciones, de las defensas y de la prueba presentada por los acusadores arribaron a la decisión de absolución, precisamente porque los medios probatorios no fueron bastantes para probar hechos de participación de los acusados, con lo cual necesariamente entraron en la situación de “duda razonable” acerca de la responsabilidad punible de éstos y en este imperativo moral sólo cabía la absolución”

¹⁷⁴ Ibíd. Considerando 3º.

Este voto disidente aparece como un criterio más razonable a la hora de evaluar el trabajo valorativo del juez, por lo menos en casos donde se cuenta con una gran cantidad de testigos muchos de ellos solamente de contexto, de los cuales muchos no prueban participación de los imputados en los hechos delictivos. Un estándar muy exigente que pida pronunciarse sobre cada aspecto de cada una de las declaraciones, incluso las que se desechan puede llevar en su extremo a la nulidad de cualquier sentencia y a demorar los procesos judiciales más de lo estrictamente necesario. Este razonamiento cobra más relevancia cuando se considera que en este tipo de casos los imputados en su mayoría están bajo prisión preventiva.

3.3.2.2. La nulidad en el caso Patricia Troncoso.

La Corte Suprema en este caso anuló el primer juicio por la causal del artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c) del CPP. La Corte analizó la valoración de la prueba que realizó el tribunal encontrándola insatisfactoria y estableciendo que no reunió dichos requisitos normativos. En lo que respecta a la valoración de los testigos protegidos estimó que no existió fundamentación suficiente del descarte que realizó en dicha prueba.

El principal criterio sostenido por esta Corte respecto a la valoración, es la obligación que tiene el tribunal de hacerse cargo de la prueba una por una y no de manera global, incluso aquella que hubiese desestimado.¹⁷⁵

Así este tribunal fue bastante crítico con la forma de valorar que tuvo el TJOP, en su Considerando Cuarto¹⁷⁶. Pues estimó que no dio las razones de por qué resultaban incoherentes y contradictorias las declaraciones.

¹⁷⁵ STC. Corte Suprema. 6 de abril de 2005. ROL: 5440-04. Considerando Decimotercero: “El punto es que en concepto de esta Corte, el Código Procesal Penal excluye terminantemente, y en el texto mismo de sus disposiciones que se pueda omitir el análisis de cada una de las pruebas rendidas con una conclusión de tipo genérico, por estimarlo innecesario, por creer que nada agregan para la resolución del asunto o con otro tipo de consideraciones de orden general [...]”.

¹⁷⁶ *Ibid.* Considerando Decimocuarto: “[...] obliga a analizar “incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

Y ese es el reproche que le hacen los recurrentes a la sentencia.

En algunos casos la sentencia descartó a los testigos después de citar su declaración con frases como las siguientes: [...]

Estas breves afirmaciones, que ni siquiera se sustentan mayormente, son las únicas referencias específicas para desechar estas pruebas, ya que todas las demás se limitan a dejar constancia de las declaraciones de los testigos, y de las otras pruebas acompañadas por las partes.

Esas meras frases que no se justifican ni fundamentan, no son suficientes para dar por cumplida la estricta exigencia legal de que ellas se examinen una por una, y se indiquen también una por una las razones por las cuales se las desecha, pero en todo caso aún si se estimase que cumple, aunque imperfectamente con el mandato legal [...]

Así mismo estimó que la valoración que tuvo el TJOP en el considerando Decimoséptimo fue primeramente una valoración global de los testigos protegidos, por el hecho de sostener que su forma de atestiguar contravenía las normas internacionales. Por otro lado sostuvo también que fue una exposición de frases de los testigos protegidos, una mera reproducción de sus declaraciones que no permitían dar por cumplido los requisitos legales de fundamentación de una sentencia¹⁷⁷.

Según el análisis de la Corte, serían las afirmaciones del considerando cuarto las únicas referencias específicas para desechar las declaraciones.¹⁷⁸

Como se vio en la parte de la valoración de la prueba en este trabajo, se entiende que el grueso de la valoración está en el considerando decimoséptimo, que nada tiene de reprochable que por la calidad de testigos protegidos sus declaraciones partan con una valoración distinta a las demás de forma global, una especie de precaución por parte del tribunal frente a esta prueba, situación contemplada por la Corte Interamericana.¹⁷⁹ Que nada obsta considerar específica una valoración que para cada testigo busca y por lo tanto reproduce una frase cuando en su encabezado dice que son contradictorias con la hipótesis principal de la acusación, que un encabezado valorativo genérico luego cuando se reproduce específicamente la parte del testimonio específica se entiende yuxtapuesto, por lo que ciertamente se podría considerar una valoración específica con encabezado genérico pues se comparte la misma valoración para todos ellos; que esa es la situación del decimoséptimo. Que de lo contrario se repetiría la misma frase casi como un mantra para cada testigo lo cual atenta contra la economía procesal, el buen entendimiento orden y entendimiento de la exposición de los fundamentos.

¹⁷⁷ Ibíd. Considerando Decimoquinto: Analizando el Considerando Decimoséptimo del TJOP “De manera que, finalmente, sólo los motivos décimo séptimo y décimo octavo analizan pruebas específicas, y más centradas en la discusión si la organización a que se refieren los testigos es la misma o no que la Coordinadora Arauco Malleco, que en verificar si se dan las circunstancias que constituyen el delito imputado a los acusados.

Así, se dice al final del considerando décimo séptimo, después de mencionar algunos testigos [...]

¹⁷⁸ Ibídem. Sigue analizando la valoración del Considerando Cuarto “[...] estas descalificaciones de estos testigos son las únicas al respecto, pero no se indica por cuales razones o fundamentos se desecharon las de los demás testigos, limitándose la sentencia a señalar que son la mayoría, lo que es la mejor demostración de que no se hizo prueba por prueba como es la exigencia legal.”

¹⁷⁹ Ibíd. Considerando Décimo Sexto: Puede observarse además que las motivaciones genéricas del Tribunal para no estimar probados los hechos, atiende a otro tipo de consideraciones que la Corte da por establecidas sin tampoco hacer un análisis como el exigido por la ley de las pruebas que le permiten llegar a esas conclusiones, o sin indicar las razones de derecho que las apoyan. [...]

c.- Que los dichos de los testigos protegidos fueron cuestionados por los defensores, pues no contaron con los elementos necesarios para un adecuado y efectivo contraexamen; su forma de testimoniar contraviene normas procesales contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de agregar posteriormente otra descalificación genérica al decir que la mayoría incurrió en “contradicciones e incoherencias como se dijo en su oportunidad”. (considerando 17º)[...]

La Corte utiliza la norma procesal penal para establecer el deber, sin embargo en el caso concreto establece un estándar.¹⁸⁰ Ese estándar se hace especialmente difícil en casos extensos y complejos, donde el número de testigos es bastante alto, llegando a varias decenas. Este hacerse cargo puede llegar a extremos tales de que para cumplir el estándar, haya a cada testigo, que confrontarlo con el resto de la prueba. Un adecuado análisis del testimonio debería incluir ese elemento y otros muchos. El punto de hasta donde es razonable exigirle al juez, está dado por poder reproducir el razonamiento que tuvo. Este ejercicio se hizo en el apartado de este trabajo sobre valoración de la prueba. En el primer juicio se pudo reproducir el razonamiento, de buena o mala manera, sin embargo es en el segundo juicio donde a criterio de la corte “un análisis pormenorizado de la prueba rendida” debería “conducir a una sentencia totalmente diferente”. Simplemente no se logró reproducir el razonamiento, hubo que deducir posibles razonamientos y el resultado fue el mismo la absolución.

El estándar fijado por la Corte es bastante exigente y deja en riesgo que este tipo de juicios que suelen ser extensos complejos y voluminosos caigan en riesgo de ser anulados frecuentemente.

3.3.2.2. La nulidad en el caso de Héctor Llaitul.

En este caso, la Corte Suprema, acoge los recursos de nulidad interpuestos por las defensas, solo en cuanto a la causal del artículo 373, letra b), rechazando las demás, anulando la sentencia de forma parcial y dictando sentencia de reemplazo sin nueva audiencia y en forma separada. Pues consideró que había un error de calificación en el delito por parte del tribunal siendo recalificado al delito de lesiones simplemente graves por no existir dolo directo sino solo dolo eventual.

Con respecto a la valoración de los testigos protegidos, el tribunal rechaza la nulidad motivada en la causal del artículo 374, letra e) del CPC, por haberse omitido los requisitos del artículo 342, letras c) y d).

La defensa utilizando el mismo criterio y estándar sostenido por la Corte Suprema en su jurisprudencia anterior, expone que “no basta con enunciar los medios de prueba y valorarlos, sino que es imprescindible indicar la “conclusión” que determina la atribución de la

¹⁸⁰ Ibíd. Considerando Decimo Nono: “Que, motiva el acogimiento de la infracción imputada al fallo, la afirmación que la mayoría de los testigos, incurrió en “contradicciones e incoherencias”, aserto que resulta inaceptable, pues ya hemos indicado una por una las pocas ocasiones en que la sentencia resta méritos a la declaración de un testigo en breves frases, sin siquiera explicar en que consistieron dichas contradicciones e incoherencias”.

norma penal y sus colofones jurídicos, tramo éste que no se cumplió porque no se dice cómo intervino, ni las circunstancias de su participación.

Siguiendo el mismo orden de ideas la sentencia tampoco describiría “<el contenido de los medios de prueba>, sino que se contenta con <parafrasearlos> [...]”¹⁸¹ y da como uno de los ejemplos el testigo reservado N° 26. Profundizando en la causal, la defensa sostiene que “[t]ambién el tribunal incurre en abstención de la información derivada del contraexamen de las defensas [...] y develan que los jueces prescindieron derechamente del contenido completo del medio probatorio, como sucedió con la testigo Lorena Muñoz [...]”¹⁸².

Así la misma hipótesis que el Ministerio Público utilizó en los casos anteriormente revisados y que, terminaron anulando sentencias absolutorias por no cumplir un riguroso estándar en la exposición de los razonamientos y valoraciones de todas las pruebas presentadas durante el juicio, ahora es utilizada por las defensas para solicitar la anulación de una sentencia condenatoria, que recordando el voto de minoría de Milton Juica debería tener un estándar más exigente que el laudo absolutorio.

En esta oportunidad la Corte Suprema da un giro en la construcción del estándar de exigencia en la redacción de las sentencias que venía estableciendo. Así con respecto a la mención que debe haber de las declaraciones de los testigos sostiene que “[t]ampoco altera la adecuada fundamentación del pronunciamiento, la mayor o menor síntesis de los asertos de cada testigo o perito, por cuanto no están obligados a consignar íntegramente sus dichos, sino basta una reseña de sus explicaciones”¹⁸³. El parafraseo reclamado por la defensa pasa a ser “un desacuerdo con la redacción o resumen asumido por el encargado de la escrituración y con la que ha manifestado su conformidad el tribunal al suscribirla, pero no implica que haya falseado la información, sino que, a lo sumo, alguna falta de acuciosidad”¹⁸⁴.

Al reproche de la jurisprudencia absolutoria anterior de falta de rigor, en esta oportunidad se conforma la Corte, con constatar que no haya alguna adulteración en sus afirmaciones.¹⁸⁵ Considerando en definitiva, que el testigo N° 26 no fue determinante, la Corte no advierte de perjuicio alguno en la fundamentación del pronunciamiento.¹⁸⁶

¹⁸¹ STC. Corte Suprema. 3 de junio de 2011. ROL: 2921-11. Considerando Cuadragésimo Primero.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibid.* Considerando Cuadragésimo Cuarto.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*. “Si bien se ha tildado de falta de rigor la reproducción de alguno de los dichos de los testigos, no se constata adulteración en sus afirmaciones, sino que se ha dotado de mayor énfasis, lo que sólo se pretendió probar con el análisis íntegro de cada testimonio comprendido en el reproche.”

¹⁸⁶ *Ibidem*. No se advierte tampoco la existencia de perjuicio alguno si, como ya se ha destacado, para demostrar la participación de los inculpados se ha tenido en consideración más de una sola declaración.

Asimismo, con la testigo Lorena Muñoz sucede otro relajo de estándar¹⁸⁷.

Por último en cuanto a la falta de explicación de la preferencia del tribunal de una prueba sobre otra, en particular en este caso la declaración del testigo N° 26, frente a la prueba de la defensa que éste habría mentido, el tribunal señala “que la defensa haya <probado> que el testigo N° 26 mintió, no pasa de ser una impresión completamente personal del oponente. Tal vez demostró que un hecho o circunstancia específica entró en contradicción o se retractó, pero ello no envuelve un embuste. El resultado global de su declaración es un tema cuya valoración íntegra incumbe al tribunal.”¹⁸⁸

3.3.4. Inocuidad de la reserva.

Este es quizás el aspecto más insólito que se desprende de la revisión de la jurisprudencia respectiva. Primero, por la justificación de la aplicación de la medida, el cual es la protección al testigo. Segundo, por el peligro derivado de su ineficacia para proteger al testigo.

La desvinculación entre la persona del testigo y su declaración, debiese ser la esencia de esta medida de protección, o sea, la imposibilidad real y a todo evento de descubrir la identidad del testigo por parte del imputado, la defensa y el público. Consecuentemente, el señalamiento de elementos, datos, o cualquier información que puedan conducir a la identificación del deponente tendría que ser cuidadosamente tratada antes, durante e incluso después del juicio, garantizando siempre dar la más amplia oportunidad de realizar un efectivo y adecuado contraexamen.

Que la identidad quede revelada una vez admitida su aplicación, significa que el sistema procesal penal deja expuesta a múltiples y gravísimos peligros a una persona que suponemos, porque no tenemos como saberlo, de buena fe y de manera valiente concurre con su testimonio a cumplir un deber que resulta ser necesario para la adecuada administración de justicia en este tipo de casos; que por tener carácter terrorista se suponen complejos y excepcionalmente lesivos para la sociedad. Ésta y no otra es la causa por la que se reservan los datos de un testigo de cargo en dichos procesos. Tomar las medidas

¹⁸⁷ *Ibidem*. “Lo que desaprueba a la testigo Lorena Muñoz, parece irrelevante, porque se trata de una funcionaria policial y no se sostiene algún aporte concreto a la defensa cuya supresión le infiera deterioro, y también porque sus dichos fueron valorados por el tribunal en el considerando 69° al hacerse cargo de ciertas peculiaridades de la detención de Huillical, en p articular una lesión en su oído, único detalle relevante de su versión, sin que aparezca otro dato de la detención no abordado por los restantes deponentes.”

¹⁸⁸ *Ibidem*.

adecuadas y necesarias para resguardar la integridad del deponente es una obligación del Ministerio Público por mandato constitucional.

Esta reseña, que puede parecer obvia y sobreabundante, deja de serlo cuando se considera que no en pocos casos se entrega en las respectivas sentencias, elementos que aisladamente o en conjunto con otros datos e informaciones y a través de un ejercicio deductivo o intelectual, más o menos complejo, pueden llevar a la identificación del testigo. Como se verá en algunos de estos casos pareciera que llamar protegido o reservado al testigo termina siendo francamente un error del proceso penal.

En el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de la ONU, en su misión a Chile, Ben Emmerson detecta que la aplicación de la reserva no está siendo eficaz para proteger la identidad del testigo.¹⁸⁹ Es curioso que tal como señala el relator el único organismo que defiende la reserva de identidad sea el Ministerio Público.

Pero lo realmente sorprendente es que sea el propio Ministerio Público el que confiese lo ineficaz que es este sistema de protección, lo que ocurrió en el caso de Héctor Llaitul, donde el propio fiscal en su alegato de clausura reconoce que “[...] a pesar que se suponía de acuerdo a la resolución del Juzgado de Garantía que la identidad de los testigos protegidos no podía ser conocida por los imputados, cuestión que se vio desvirtuada en este juicio puesto que los acusados sabían perfectamente quienes eran los testigos protegidos, dando verosimilitud a las versiones en torno a que había listados de testigos protegidos corriendo entre las comunidades para efectos de evitar que vinieran a deponer [...]”¹⁹⁰.

De demostrarse inocua la aplicación de la reserva, ya no se justificaría su uso, pues como se vio es la necesaria efectividad de ésta el único motivo para su aplicación, pues todos los demás efectos que tiene, son nefastos para el proceso penal acusatorio.

¹⁸⁹ EMMERSON, Ben. “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”. ONU. 14 de abril del 2014. Misión Chile. Párr. 67. “Sin embargo, el Relator Especial señala que el argumento más convincente en contra de seguir usando a testigos anónimos en las causas relacionadas con las protestas mapuches es que, en los hechos, el anonimato no se justifica por el objetivo declarado de proteger la seguridad del testigo. El Jefe de Carabineros de la Araucanía y los fiscales de Temuco y Concepción confirmaron en reuniones con el Relator Especial que las medidas de anonimato utilizadas en los procesamientos de mapuches en virtud de la legislación antiterrorista son sistemáticamente ineficaces debido a que la comunidad siempre puede identificar al testigo gracias al conocimiento local. Se trata de una concesión clara y de gran alcance. Todos los encargados de hacer cumplir la ley en la región concuerdan en que, a falta de un régimen integral de protección de los testigos (que otorgue al testigo y su familia una nueva identidad y medidas de reubicación), lo dispuesto actualmente resulta ineficaz para proteger al testigo”.

¹⁹⁰ STC. T.J.O.P. de Cañete. 22 de marzo de 2011. RIT: 35-2010. Considerando 15° sentencia TJOP.

3.3.4.1. La pertenencia del testigo a pequeñas comunidades.

La obligación ineludible de distinguir a un testigo de otro o de cualquier medio de prueba, conlleva la necesidad de etiquetarlo, constituirlo. Es el distintivo, el dato mínimo para que forme una unidad de prueba, de no ser así sería imposible su valoración particular.

Para el caso de los testigos protegidos, se le asigna un número y éste suplanta la identificación mínima.

Aparecen pues de manifiesto la contradicción inicial de dos fuerzas, la necesidad de ocultar la identidad y al mismo tiempo de identificarlo, de circunscribirlo para darle sentido a su declaración. Esta contradicción se extiende en toda la declaración del testigo.

En el caso de Patricia Troncoso y otros, se presentó a una serie de testigos protegidos que eran miembros de comunidades relativamente pequeñas. En la individualización de éstos se mencionaba de qué comunidades eran y en algunos casos cuantos años llevaban viviendo en éstas. Este dato es muy difícil de obviar, pues sin este antecedente se vuelve inteligible la declaración posterior, pues éstos declararían sobre los conflictos que allí se vivían. Por otro lado, era un identificador del testigo, un elemento que ayudaba a delatar su identidad.

Esto en el caso de la ciudad o comunas más grandes no representaría ningún problema, pero en el caso particular nos encontramos que algunos de ellos pertenecen a comunidades relativamente pequeñas en las cuales las familias que las componen se conocen desde hace años, por lo que el solo hecho de señalar el lugar donde viven torna difícil su anonimato.

Así algunos ejemplos:

- 2. - TESTIGO PROTEGIDO Nº 25 (Nº 45 AA.)** Vivo en la comunidad de Repocura, nací allí,
- 3.- TESTIGO A 2 (Nº 73 AA).** Vive en sector Repocura, comuna de Imperial, colinda con fundos Forestal Mininco, Fundo El Trigal; la comunidad es bastante tranquila
- 4. - TESTIGO PROTEGIDO Nº 28 (Nº 54 AA., fs. 34).** “Vivo en Cullinco desde que nací, la comunidad colinda con el fundo El Porvenir; la gente de mi comunidad es tranquila
- 5.- TESTIGO PROTEGIDO Nº 9 (12 AA)** soy del sector de Chihuaihue, comuna de Ercilla, vivo ahí desde que nací,
- 7.- TESTIGO PROTEGIDO Nº 21 (27 AA).** Durante el año 2000, nuestra comunidad Tricauco era tranquila
- 9.- TESTIGO PROTEGIDO “A” (13 AA)** Expresó que vive en el fundo El Pastal, entre Lumaco y Traiguén.

10.- TESTIGO PROTEGIDO Nº 7 (10 AA) Es de Chihuahue, comuna de Ercilla, vive allí, 55 años, es agricultor;

Aquí surge en toda su dimensión esta permanente contradicción entre la necesaria individualización de un testigo protegido y su reserva de identidad.

En el segundo se redujo el número de testigos protegidos a la mitad y sucedió lo mismo.

TESTIGO PROTEGIDO Nº 27. Vivía en Tricauco, Ercilla, en la Comunidad de la que se había alejado durante diez años, pero a la que regresó y allí permaneció hasta alrededor de un año atrás. Es técnico agrícola y tiene que ver con siembras, ganadería y plantaciones forestales.

TESTIGO PROTEGIDO Nº 25. Es de la Comunidad Repocura (Chol-Chol), colindante al Fundo El Trigal de la Forestal Mininco

TESTIGO PROTEGIDO Nº 14. Dijo ser de la Comunidad de Pantano

TESTIGO PROTEGIDO Nº 34. Ella es mapuche del sector Caillin (Collipulli), colindante con los Fundos Ginebra, Palermo y Curaco. Vivió allí más de 30 años.

Estos antecedentes quizás no son suficientes para la develación del testigo, pero son un elemento importante, que complementados con sus declaraciones tienen el potencial real de exponer la identidad del testigo.

En el caso particular estos testigos declararon con detalles los conflictos políticos que se veían en las comunidades, sobre elecciones de la directiva de algunas de ellas. Revelando en algunos casos la participación activa en reuniones o apoyo a listas de directiva, pertenencia a credos religiosos, etc. Todos estos elementos identificadores se van sumando hasta hacer posible la identificación o sospecha más o menos precisa de quien es la persona que está declarando.

Se demuestra tan inocua la aplicación de la reserva de identidad en el caso de las comunidades pequeñas que uno de los testigos que participó en el primer juicio de este caso con calidad de protegido opta por renunciar a ésta en el segundo juicio¹⁹¹. Esto es un aspecto bastante llamativo, pues la decisión de esta persona pone en tela de juicio la protección de todos los demás. Pues su renuncia a la reserva significa, por un lado que no fue una forma de protección eficaz y no se contemplaron otras más efectivas o por otro lado

¹⁹¹ STC. T.J.O.P. de Temuco. 27 de julio de 2005. RIT: 080/2004. Considerando Séptimo. "Luis Ñancucho Huenulao. Renunció a su calidad de testigo protegido y declaró; que nació, se crió y vivía en Tricauco, Ercilla, con su padre, su hermano y su señora hasta que por los problemas que se presentaron en la Comunidad optaron por irse [...]".

que el peligro al que estaban expuestos los testigos en este caso no era tal. De cualquier forma se constituye como un cuestionamiento directo del propio testigo, a la aplicación de la reserva de identidad que hizo el Ministerio Público en éste caso.

3.3.4.2. La contradicción entre la declaración y el anonimato.

El contenido de la declaración está en pugna con la identidad del testigo. Declara lo que sabe o conoce por algún hecho o circunstancias y éstos pueden llevar a develar la identidad de aquél. En consecuencia, una buena declaración tenderá a dar razón de sus dichos, a dar todos los posibles detalles que le de credibilidad a lo que está diciendo. Entonces, mientras más completa sea una declaración más dirá sobre la persona del testigo. De ahí que se comprenda la prohibición de realizar preguntas al testigo que puedan develar su identidad. Sin embargo esto es un contrasentido, pues no podrá dar adecuadamente razón de sus dichos.

Esta contradicción pone en tela de juicio la efectividad de la protección. Pues se tendrá que elegir si darle preferencia a la calidad de la declaración o a la protección de la identidad del testigo. Cualquiera de las alternativas no son satisfactorias, pues el testigo está ahí por la importancia de su declaración, de caso contrario no habría para que exponerse. El balance entre uno y otro se logra sólo limitando el derecho de defensa a contraexaminar al testigo.

Se encuentra en el caso de Norín y Pichún un ejemplo de como en la declaración aparecen antecedentes que llevan a develar la identidad del testigo. Con respecto al testigo N° 2 éste “señaló ser sordo y que conoce a Pichún desde Septiembre de 2001; que alojaba en su casa y una vez lo vio salir con la cara pintada, portando escopeta y con pasamontañas; que esto fue entre las 10 y 11 de la noche”¹⁹². Se ve claramente que los detalles que entrega este testigo, pueden llevar fácilmente a su identificación. El imputado tendría que hacer memoria de cuanta gente sorda se ha alojado en su casa en aquella fecha y que pudieran declarar en contra de él. En el segundo juicio entrega más detalles diciendo que “Desde el mes de septiembre a diciembre de 2001, trabajó en la casa de Pichún como reparador de la máquina trilladora y dormía en un sillón en el comedor”¹⁹³.

Así pasa también con el testigo N° 1 quien, “atestiguó conocer a Pascual Pichún, con quien ha hecho negocios y viajó en su camioneta a Traiguén a mediados de noviembre de

¹⁹² STC. T.J.O.P. de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Octavo.

¹⁹³ STC. T.J.O.P. de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. Considerando Octavo.

2001, [...] En una ocasión en que iba con su carreta cargada con carbón, pasó al domicilio de Pichún, oportunidad en que le escuchó una conversación sostenida en la cocina con la Chepa quien le decía “ Pichún pongámonos las pilas para recuperar el fundo de 600 hectáreas o le quemamos el fundo y el chalet”, ocasión en que Pichun al percatarse de su presencia no contestó y se fueron hacia otra pieza [...]”¹⁹⁴. Tal como dice el testigo, el imputado hizo negocios con él, se quedó a alojar en su casa, es una persona con la cual claramente existe una familiaridad.

Como se ha visto en este caso, que tan difícil sea para el imputado saber quién es el testigo anónimo, es una cuestión de buena o mala memoria. Si es la reserva de identidad la última línea de protección que tiene el testigo, es tremendamente grave la situación de su develamiento. Por lo tanto, que el Ministerio Público no haga un análisis del contenido de declaración en relación a si los datos que expondrá ésta, ayudarán a la identificación del testigo, se transforma en una negligencia gravísima elegir la reserva como medio de protección al testigo y no otras con las cuales cuenta y que podrían ser mucho más idóneas.

Cabe preguntarse por qué en este tipo de casos la fiscalía elige una medida de protección que se demuestra tan ineficaz, teniendo otras alternativas que son mucho más efectivas a la hora de proteger al testigo de los peligros a los que son expuestos. Es legítimo pensar que lo hace por todos los efectos que genera en la prueba, pues son los únicos efectos que quedan demostrados que sí se producen.

¹⁹⁴ Ibidem.

CONCLUSIONES.

Tal como se vio, uno de los aspectos más relevantes que pone bajo asedio el fenómeno terrorista es la legitimidad del Estado Democrático de Derecho. Parte de la eficacia de la respuesta del Estado es que sea percibida por la población como legítima, en caso contrario se cae en riesgo de fortalecer el discurso terrorista. Se entiende que la respuesta legítima de un ordenamiento jurídico adscrito a un sistema de garantías fundamentales como el nuestro, debe estar enmarcada en un proceso penal de tipo acusatorio. El proceso penal en este caso debe mostrarse eficaz y legítimo, por separado estas características son inútiles. Asimismo los criterios de la Corte Interamericana sostenidos en esta materia son elementos legitimadores de un ordenamiento jurídico, por lo que la inobservancia de ellos podría llevar a menoscabar la legitimidad del Estado.

La ley N° 18.314 contempla la reserva de identidad del testigo como una herramienta a utilizar en este tipo de casos. La única razón de ser de dicha norma, es constituirse como un mecanismo eficaz de la necesaria protección de un testigo. Sin ésta no se podría obligar a los testigos a arriesgar su vida por declarar en juicio, lo cual impediría la consecución de los objetivos de la administración de justicia. Se detecta en la legislación nacional un sensible vacío normativo en aspectos tanto prácticos como teóricos. No existe un diseño adecuado de un control judicial de la reserva. La forma en que se aplica la reserva, las medidas y obligaciones que deben tener tanto el Ministerio Público como el Tribunal no están bien definidas, no se obliga al fiscal a informar aspectos relevantes del testigo o cualquier tipo de elemento relacionado a su credibilidad, a la defensa ni al tribunal. No existe expresamente en la ley nacional una prohibición de fundamentar únicamente o en grado decisivo la sentencia condenatoria¹⁹⁵, ni se le entregan criterios que orienten la aplicación de la reserva, exceptuando una mención a la prohibición de realizar determinadas preguntas en el contrainterrogatorio.

El control judicial se demostró insuficiente. En el diseño del control judicial se vio cómo el Tribunal de Garantía excluía toda la testimonial protegida mientras la Corte de Apelaciones la declaraba admisible. Más allá de la normal revisión del tribunal superior, no está bien estructurada la forma en que debe operar dicho control y qué criterios observar. El número de testigos protegidos varía caso a caso, desde dos hasta diez, por lo que el uso por parte de la fiscalía es variable y los requisitos para su procedencia también, así lo demuestra un caso en donde en el primer juicio se utilizaron 10 testigos protegidos y en el segundo se

¹⁹⁵ Cfr. Ben Emmersons. Op. cit.

redujo a la mitad. O sea que la mitad de los testigos eran prescindibles. En una acusación se contaban hasta 36 testigos protegidos ofrecidos. Estas cifras demuestran por un lado la inobservancia del principio de necesidad y proporcionalidad, por otro lo variable en que se encuentra la órbita del control judicial, la falta de un diseño y criterio común que entregue certeza a todos los casos.

Respecto al comportamiento general de la prueba en el juicio éste es tremendamente variable. La valoración de los testigos protegidos fue de lo más variopinta. Sin embargo se pueden encontrar algunas constantes.

Una primera constante que se encontró fue el peso gravitante que tiene la búsqueda de contradicciones en la declaración como única forma segura de restarle valor a la prueba. Ninguna otra alegación respecto a ésta tuvo el efecto que demostró la contradicción de la declaración a la hora de su valoración. En todos los casos que se valoró negativamente o desechó la prueba, fue en definitiva, por contar ésta con contradicciones o inconsistencias tanto en su declaración como con el resto del acervo probatorio.

Es a raíz de esto es que el contraexamen cobra vital importancia en la defensa y cualquier limitación que ahí ocurra tendrá efectos necesariamente en la valoración que el tribunal realice de la prueba. Se contempla así que la concesión a la defensa de la más amplia oportunidad para la contrainterrogación, es sin duda la medida de contrapeso más significativa. Preocupante es entonces que en algunos casos se hayan dado alegaciones en sentido de haber sufrido limitaciones a éste respecto.

Asimismo se observó en todos los casos en estudio la omisión de la subjetividad política del testigo al momento de determinar la credibilidad de éste. Habría en la aplicación de la reserva un impedimento para la defensa de desarrollar este aspecto en el contrainterrogatorio. Todo lo cual se vuelve preocupante por el nivel de polaridad política vivida en las comunidades objeto del conflicto chileno-mapuche. Se detecta en consecuencia que la reserva tiene un efecto protector de la declaración que obstruye la investigación y consideración de la animosidad con la cual se declara en juicio.

Otra constante que se advirtió fue que en todos los casos de condena, procede la inobservancia de la prohibición de fundamentarla únicamente o en grado decisivo, con la declaración del testigo protegido. Los testigos protegidos fueron determinantes a la hora de fundamentar la condena, a esta flagrante violación, se suma el curioso dato que todos los testigos anónimos determinantes para la condena tenían algún grado de participación en los hechos delictivos, y la posibilidad de verse beneficiados en ese aspecto evidentemente no afectó la valoración que realizó el tribunal de su declaración.

Se puede entonces concluir que la aplicación en general de la reserva de identidad en Chile ha vulnerado el derecho a defensa desde el control judicial hasta las consideraciones de la sentencia definitiva. Lo insólito de todo esto es que lo hace de forma gratuita. Al otro lado no existe ninguna protección del testigo, ningún resguardo de su identidad, en palabras de un fiscal, todos saben quiénes son los testigos. Esta fue otra constante que se dio en los casos de estudio, la tremenda inocuidad de la norma en el contexto del conflicto chileno-mapuche. Así el *leitmotiv* de la norma se pierde, ésta no encuentra ninguna razón de ser, pues sus efectos son dañinos para la defensa y se tolera aquello por la necesidad de proteger la vida del testigo.

Cabe preguntarse entonces por qué se aplica la reserva de identidad por parte del Ministerio Público si se ha reconocido como ineficaz. Ahí es donde los efectos protectores que tiene la reserva sobre la declaración del testigo, se vuelven el único factor motivante que tiene el fiscal para aducir la reserva de identidad.

Entonces la situación cambia de vulnerar el derecho a defensa del imputado por la necesidad de resguardar la persona del testigo protegido, a vulnerarlo por la necesidad que se tiene de proteger o blindar la declaración, la prueba propiamente tal, sin la cual ya se demostró que no se logra la condena.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE POR AUTORES

BECKER C. Sebastián. 2015. La criminalización de la protesta: el caso de Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Anuario de Derechos Humanos. (11). Chile. pp. 123-133.

CARBONELL. Juan. 2006. Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal. En: GOMEZ C. Juan-Luis y GONZALEZ C. José-Luis. (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch.

CAROCCA P. Álex. 2005. Manual El nuevo sistema procesal penal. 3ª ed. Santiago. Lexis Nexis.

CRUZ CARRASCO, Andrés. 2014. Admisibilidad de la medida de protección de la reserva de identidad en el proceso penal. En: Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 235-236.

DECAP F, Mauricio. “De la contraposición entre la protección de víctima y testigo y el derecho a defensa”. En: Revista de Derecho. Universidad Católica de Temuco. Número III.

EMMERSON, Ben. “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”. ONU. 14 de abril del 2014. Misión Chile. [en línea] <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/05/A-HRC-25-59-add.2-s.pdf>>

GETOS, Anna-María. 2012. Terrorismo: Concepto, definiciones y tendencias. En: BACHMAIER, Lorena. (coord.) Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons.

GUZMÁN D, José Luis. 2015. Caso “Norín Catrimán y otros contra Chile”. Prueba de los hechos de terrorismo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: VARGAS P, Tatiana (dir.) Casos destacados Derecho Penal. Parte General. Santiago. Thomson Reuters. Legal Publishing Chile.

HORVITZ L, María Inés y LOPEZ M, Julián. 2004. Derecho Procesal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Tomo I y II.

JAKAB, Andrés. 2012. Incumplir la constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho. (35):

LITIGACIÓN ESTRATEGICA en el nuevo proceso penal. 2005. Por Blanco Rafael "et al". 1ª ed. Santiago. Lexis Nexis.

MATURANA M. Cristián y MONTERO L. Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. 1ª ed. Santiago. Legal Publishing. Tomo I

MEDINA QUIROGA, Cecilia. Informe en Derecho para la Defensoría Penal Pública. Ley 18.314 frente a los Tratados Internacionales. [en línea] <<http://www.dpp.cl/resources/upload/dfbb77631f6e518061fd2c0dceab69ac.pdf>>

MEZA-LOPEHANDÍA G. Matías; COLLADO G. Rafael. 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs Chile. En: Revista de Ciencias Penales. Chile. XLII. (1). pp. 371-383.

MINISTERIO PÚBLICO. 2003. La víctima y el Testigo en la Reforma Procesal Penal. 1ª ed. Chile. Fallos del Mes Ltda.

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

MORENO C, Víctor

- 1999. La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español. En: Revista Penal de la Universidad de Huelva. (4): 59.

- 2006. El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa En: GOMEZ C. Juan-Luis y GONZALEZ C. José-Luis (coords.). Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio. Valencia. Tirant lo Blanch.

RIOS L, Erick. La admisibilidad de la declaración de testigos desconocidos por la defensa. [en línea] <http://w1.cejamericas.org/congreso10a_rpp/ERIOS_laadmisibilidaddeladeclaraciondetestigos.pdf> [consultado: 06-09-2017]

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

VILLEGAS DIAZ, Myrna. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. Polít. crim. [online]. 2016, vol.11, n.21 pp.140-172. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100006>. [citado 2017-03-10],

TEXTOS LEGALES Y PUBLICACIONES ATINGENTES.

Textos legales.

Código Procesal Penal, Editorial Jurídica de Chile.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Decreto 873, Publicado en el D.O. el 5 de enero de 1991.

Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, publicada en el D.O. el 17 de mayo de 1984.

Ley N° 19.806, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, publicada en el D.O. el 31 de mayo del 2002.

Ley N° 20.467, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terrorista y fija su penalidad, publicada en el D.O. el 8 de octubre del 2010.

Publicaciones atingentes.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35415/1/H18314.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.027 que modifica la Ley N° 18.314, que determina conductas terrorista y fija su penalidad [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27840/1/H19027.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.806 sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal [en línea] <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5950/>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.467 que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terrorista y fija su penalidad [en línea] <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4663/>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 246. La reserva de identidad como medida de protección de los testigos. 27 de mayo de 2004. [en línea] https://www.ucursos.cl/derecho/2006/1/D124D0746/4/material_docente/bajar?id_material=95213

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2008. Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada. Nueva York. [en línea] <[https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20\(S\).pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/V0852046%20WP%20Good%20Practices%20(S).pdf)>. [consulta: 06-marzo-2017].

PEREZ S, Carlos. 2012. En defensa de la lógica ontológica. Punta de Tralca. [en línea] <[www. https://www.cperzs.org/?p=205](https://www.cperzs.org/?p=205)> {consultado: 06-09-2017}.

Sentencias Revisadas.

Año 2003

Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 14 de abril de 2003. RIT: 2-2003. RUC: 0100083503-6.

Corte Suprema. 2 de julio de 2003. ROL: 1743-03

Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 27 de septiembre de 2003. RIT: 2-2003. RUC: 0100083503-6

Año 2004

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 9 de noviembre de 2004. RIT: 080/2004. RUC: 02 00 14 24 99 – 0

Año 2005

Corte Suprema. 6 de abril de 2005. ROL: 5440-04

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. 27 de julio de 2005. RIT: 080/2004. RUC: 02 00 14 24 99 – 0

Año 2011

Tribunal Oral en lo Penal de Cañete. 22 de marzo de 2011. RIT: 35-2010. RUC: 0800932994-4

Corte Suprema. 3 de junio de 2011. ROL: 2921-11

Año 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 29 de mayo de 2014. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile.

ANEXO.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LEY N°18.314 RELACIONADAS CON LA RESERVA DE IDENTIDAD DE TESTIGOS PROTEGIDOS

TEXTO ORIGINAL (LEY N°18.314)	LEY N°19.806	LEY N°20.467	TEXTO VIGENTE (LEY N°18.314)
<p>Artículo 15.- Cuando a juicio del Tribunal resulte conveniente para el éxito de la investigación mantener en secreto las declaraciones y la individualización de los testigos, de denunciados o de cualquier persona que deba comparecer en el proceso, o cuando cualquiera de dichas personas así lo requiera, el Tribunal hará constar dichos antecedentes en cuaderno separado, que tendrá carácter de confidencial y al cual tendrá acceso exclusivamente el Tribunal al que corresponda el conocimiento y fallo de algún recurso.</p> <p>Los antecedentes que obren en el referido cuaderno confidencial deberán ser dados a conocer al inculcado o reo para su adecuada defensa al momento de notificársele la acusación, en caso de que se pretendieren hacer valer en su contra para condenarlo.</p>	<p>Artículo 49.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad:</p> <p>Artículo 15 Sustitúyese por el siguiente:</p> <p>"Artículo 15.- Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.</p>		<p>Artículo 16.- El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación.</p> <p>Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.</p> <p>La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.</p>

	<p>Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas:</p> <p>a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.</p> <p>b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y</p> <p>c) que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.</p> <p>Cualquiera de los</p>		
--	---	--	--

	<p>intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público."</p> <p>Artículos 16, 17, 18, 19 y 20 nuevos.</p> <p>Agréganse, a continuación del artículo 15, los siguientes artículos 16 a 20 nuevos, cambiándose correlativamente la numeración de los restantes:</p> <p>"Artículo 16.- El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación.</p> <p>Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.</p> <p>La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su</p>		
--	--	--	--

	director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.		
Artículo 16.- Las personas mencionadas en el artículo precedente podrán declarar en lugar distinto al del recinto del Tribunal y de cuya ubicación no se requerirá dejar constancia en el expediente.	<p>Artículo 18.- Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.</p> <p>Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal</p>	<p>"Artículo 1º.- Introdúcense en la <u>Ley N° 18.314</u>, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, las siguientes modificaciones:</p> <p>8) Agréganse, en el inciso final del artículo 18, las siguientes oraciones finales: "El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9º."</p>	<p>Artículo 18.- Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.</p> <p>Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el</p>

	<p>comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.</p> <p>En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente.</p>		<p>registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.</p> <p>En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente. El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9º.</p>
--	---	--	---