

OFICIO FN. N° 246 /

ANT.: Complementa Instructivo N.º 32 del año 2000.

MAT.: La reserva de identidad como medida de protección de los testigos.

SANTIAGO, mayo 27 de 2004

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DEL PAIS

Mediante el Instructivo N°32 del año 2000, este Fiscal Nacional fijó criterios generales sobre la protección de los testigos en la etapa de investigación.

Incidencias promovidas en relación al ejercicio de las atribuciones de los fiscales vinculadas a la protección de la identidad de los testigos, llevan a complementar lo indicado en esa oportunidad, en los siguientes términos.

1.- Intereses contrapuestos sobre la materia

La regla general contenida en nuestro Código Procesal Penal es el principio de la publicidad de las investigaciones en favor de los intervinientes.

Así lo establece su artículo 182, relativo al secreto de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, que dispone que el imputado y los demás intervinientes podrán examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial.

En cambio, la misma norma dispone que las actuaciones serán secretas para terceros ajenos al procedimiento.

El referido artículo faculta además a los fiscales para disponer el secreto de determinadas actuaciones respecto de los intervinientes, por razones de eficacia de la investigación, por un plazo no superior a cuarenta días.

Ello constituye una limitante al principio de publicidad, limitación que también se reproduce en otras disposiciones, las que permiten a los fiscales adoptar los resguardos que justifique la investigación, especialmente en materia de protección a las víctimas y los testigos.

Es así que el artículo 78 letra b) del Código Procesal Penal autoriza a los fiscales para ***ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, medidas de protección a la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas y atentados*** y el inciso 2° del art. 308 del Código Procesal Penal

dispone que el “**ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección**”.

El legislador ha procurado de ese modo de conciliar el derecho a defensa del imputado con la necesidad de proteger a víctimas y terceros que colaboren con la misma, quienes pueden verse expuestos a una condición objetiva de riesgo, como consecuencia del aporte que efectúan al esclarecimiento de hechos de relevancia criminal.

La obligación impuesta al Ministerio Público de adoptar medidas de protección a las víctimas y testigos está consagrada en la Constitución Política de la República, en la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el Código Procesal Penal y en algunas leyes especiales, todas las cuales establecen excepciones al principio de publicidad de las investigaciones, optando por la necesidad de proteger a las víctimas y testigos tanto en su resguardo personal, como para asegurar la eficacia de los procedimientos.

Es así que el artículo 80 A, de la Constitución Política dispone que es labor del Ministerio Público adoptar las medidas para proteger a las víctimas y los testigos, mandato constitucional reiterado en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y recogido en los artículos 17 a), 18, 19, 20 f), 34 e), 38 y 44 de la misma ley y en las normas que se han citado del Código Procesal Penal.

2.- Disposiciones jurídicas que sustentan las facultades de los fiscales para disponer la reserva de identidad.

La legislación establece en forma expresa, respecto de las investigaciones de determinados delitos, el derecho de los testigos a que se reserve su identidad y la facultad de los fiscales para disponerlo autónomamente.

Respecto de otros ilícitos no existe tal disposición expresa, pero las víctimas y testigos quedan amparados por las atribuciones y obligaciones del Ministerio Público para disponer la reserva contemplada en las normas generales.

2.a. Casos en que la ley contempla expresamente la facultad del Ministerio Público de disponer la reserva de identidad:

- Delitos terroristas: artículo 15 letra a) de la ley 18.314.
- Tráfico ilícito de drogas: artículo 33 A letra a) de la ley 19.366.
- Lavado de activos: artículo 25 letra a) de la ley 19.913, que hace aplicable las normas sobre protección de testigos previstas en la ley 19.366.

En casos seguidos por cualquiera de estos delitos, el fundamento jurídico para adoptar la reserva de identidad como medida de protección radica en la disposición específica pertinente, sin perjuicio de los principios contenidos en las normas generales.

2.b. Casos en que la ley no contempla específicamente la reserva de identidad:

Se trata de delitos comunes respecto de los cuales puede ser necesaria la reserva de identidad, lo que ocurrirá especialmente en las investigaciones de homicidios, de delitos sexuales y otros en que esté comprometida la seguridad de las personas.

En estos casos, el fundamento legal está constituido por las siguientes disposiciones:

- Artículo 80 A inciso 1º de la Constitución Política de la República, que establece la potestad del Ministerio Público para adoptar medidas de protección en favor de víctimas y testigos.
- El artículo 19 N° 1 de la Constitución Política que garantiza el derecho a la vida e integridad física de las personas que puede verse afectado con el rechazo a las medidas de protección.
- Artículo 1º de la ley 19.640, que asigna a la Fiscalía la función de protección a víctimas y testigos.
- Artículo 308 inciso 2º del Código Procesal Penal -cuando se trata de testigos-, que establece la facultad del Ministerio Público para adoptar medidas de protección en su favor, antes o después de prestadas sus declaraciones. Aún cuando tal norma esté contenida en el Título III sobre Juicio Oral, su inciso 2º es aplicable a la etapa de investigación en lo que se refiere a la reserva de identidad de los testigos.
- Artículo 6 y 78 letra b) del Código Procesal Penal - cuando se trata de la víctima - que contempla la facultad de adoptar medidas de protección en su favor.

Caso jurisprudencial:

En investigación de la III Región RUC 52404-5, de 2002, por el delito de estupro, la Fiscalía, dispuso la reserva de identidad de un testigo, omitiendo sus datos personales en la acusación. El Juez de Garantía excluyó esta prueba testimonial por supuesta ilicitud, resolución que fue apelada por la Fiscalía. La Corte de Apelaciones de Copiapó acogió la apelación, sosteniendo que "la omisión en la individualización del testigo de que se trata, cuya identidad se mantiene en reserva, no importa inobservancia a garantías fundamentales, al encontrarse amparado el deponente bajo el sistema protector de estas personas consagrado en el artículo 308 del Código Procesal Penal, por manera que la exclusión de esta probanza no resulta

pertinente”¹. De esta manera, la Corte de Apelaciones de Copiapó admite el artículo 308 CPP como fundamento jurídico de la reserva de identidad en casos de delitos comunes.

Secreto de la investigación y reserva de identidad.

En el Código Procesal Penal se otorgan facultades a los fiscales para disponer la reserva parcial de las investigaciones, tanto como medida de protección a las víctimas y testigos, como para el éxito de las investigaciones.

La reserva de identidad busca proteger a la víctima o al testigo, resguardando sus datos personales.

En cambio, el secreto de la investigación autorizado por el artículo 182 del Código Procesal Penal, permite impedir el acceso de los intervinientes a determinados registros o actuaciones de la investigación, para el éxito de la misma.

Si bien son instituciones jurídicas distintas, en el hecho, el secreto de parte de la investigación dispuesta conforme al artículo 182 puede también servir de elemento de protección a las víctimas y testigos.

3.- Forma de adopción de las medidas.

Las medidas de protección que pueden disponerse en favor de víctimas y testigos pueden ser de índole procesal o extraprocesal.

Entre las procesales se incluyen aquellas que afectan la forma como se desarrolla el proceso, como son el ocultamiento respecto de terceros con bombos u otros medios, o la videoconferencia.

Otras son las que sólo inciden en la vida cotidiana del testigo, fuera del proceso, tales como rondas policiales, entrega de celular, relocalización temporal y botones de emergencia.

La reserva de identidad se incluye entre las medidas procesales que **pueden disponerse cuando existe una situación de peligro cierto en contra de la vida, integridad física o la seguridad del testigo o de su familia.**

De este modo, la medida debe tener una justificación fáctica lo que supone una apreciación de la situación real de riesgo para el testigo.

Es justificación suficiente el peligro que implique para el testigo su intervención en el proceso penal, vinculado al hecho de que el imputado o cercanos a éste conozcan su identidad y demás datos personales, lo que, atendidas las circunstancias de hecho, ponga en riesgo su vida o integridad física.

¹ Fallo de fecha 26 de diciembre de 2002, I. Corte de Copiapó, Rol 339-2002. Publicado en Boletín N°14, pág.103.

Ahora bien, cuando se adopta por el fiscal la decisión de disponer la reserva de identidad como medida de protección en favor del testigo, **debe dejarse constancia de ello en los registros de la investigación, debiendo señalarse los fundamentos jurídicos y mencionar también la justificación fáctica de la reserva de identidad en la decisión correspondiente, siendo suficiente dejar constancia de haberse evaluado la situación de riesgo y la necesidad de la medida, con el cuidado de no entregar antecedentes que conduzcan a la identificación del testigo.**

En cuanto a los alcances de la medida, cabe indicar que la reserva de identidad abarca los **datos personales del testigo**: nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro dato que permita identificarlo.

Para la **eficacia de la reserva**, conviene derechamente omitir cada uno de estos datos en la generación e impresión del documento de la declaración, reemplazando los nombres y apellidos por una clave (ej.: Testigo protegido 1) y los demás datos por marcas (ej.: xxx). Asimismo, en vez de la firma, conviene estampar una clave numérica propuesta por el propio testigo y que pueda eventualmente reconocer posteriormente. Se debe dejar constancia de los datos personales en otro documento, guardado en custodia en un lugar seguro.

Considerando el grado de exposición que implica, no sería conveniente videogravar ni audiogravar la declaración del testigo, salvo que se cuente con mecanismos tecnológicos que permitan ocultar eficazmente la imagen y sonido de la persona.

Por último, es conveniente señalar que la reserva de identidad por sí misma, no necesariamente asegura la protección del testigo, por lo que, según el caso, puede justificarse que se adopte junto a otras medidas de protección extraprocesales.

Caso jurisprudencial relativo a la necesidad de dejar constancia en los registros de investigación:

En investigación de la X región, RUC 10625-4, de 2004, por el delito de abuso sexual, la defensa pidió copia de la carpeta de investigación. Frente a ello, la Fiscalía se mostró reticente y ordenó borrar en las copias los nombres y domicilios de la víctima y testigos. La defensa solicitó una audiencia de cautela de garantías, ordenando en definitiva el Juez de Garantía la entrega íntegra de copias a la defensa. La Fiscalía presentó queja ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que fue rechazada, entre otras consideraciones, "porque las copias no fueron entregadas en forma íntegra ya que se borraron nombres de testigos y víctima y partes de declaraciones en circunstancias que el Ministerio Público no había dispuesto la reserva de identidad, de suerte que no se vislumbra falta o abuso en el actuar del juez a este

respecto”². La Corte de Apelaciones de Puerto Montt hace notar que se borraron los nombres de testigos y la víctima en las copias, sin que previamente la Fiscalía hubiera decretado la reserva de identidad, de lo que se sigue, entonces, que, si se hubiera adoptado previamente la medida, se habría admitido dicho proceder. Esto confirma lo indicado anteriormente en orden a que debe decretarse la reserva de identidad como medida de protección.

4.- Credibilidad del testigo y de su testimonio.

La reserva de identidad puede mantenerse hasta la audiencia de preparación del juicio oral e incluso en el juicio oral mismo. En ese evento, la Fiscalía puede omitir los datos personales del testigo en la acusación y acompañar un sobre cerrado con éstos, para efectos de la citación judicial. En la medida que la defensa mantiene vigente su derecho a presentar testigos de descargo y puede interrogar al testigo protegido en el juicio, no se ve afectado con ello el derecho de defensa.

Al respecto, la doctrina procesal distingue entre la credibilidad del testigo y la credibilidad del testimonio³. La primera se refiere a la calidad del deponente, en el sentido de que da garantías de seriedad e imparcialidad. La segunda, alude a la calidad de la declaración, esto es, al peso y coherencia de la misma.

La reserva de identidad puede afectar la posibilidad de cuestionar la credibilidad del testigo, pero **no impide a la defensa cuestionar la credibilidad del contenido de la declaración**. En la medida que se asegura a la defensa el derecho a contrainterrogar al testigo protegido, ésta siempre puede cuestionar la credibilidad del testimonio.

En consecuencia, cuando se mantiene la reserva de identidad del testigo protegido, y la defensa ejerce su derecho a contrainterrogarlo, **no se configura el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal**, puesto que no se impide al defensor ejercer su facultad de preguntar, teniendo además presente que éste ha tenido acceso a la declaración prestada por el protegido, durante la investigación.

Tampoco se configura la causal de nulidad del artículo 373 letra a) CPP, que establece como causal de nulidad la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo asegurado por el artículo 8.2.f) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y por el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a presentar testigos de descargo, lo cual se respeta plenamente cuando la defensa ha podido presentar testigos de descargo y ha contrainterrogado al testigo protegido, no obstante desconocer su identidad.

² Considerando 4º, fallo de fecha 19 de marzo de 2004, I. Corte de Puerto Montt, Rol 5-2004.

³ Maurico Decap, “Apuntes sobre la contraposición entre la protección de víctimas y testigos y el derecho de defensa”, *Revista Procesal Penal*, N.º 8, p. 32.

Caso jurisprudencial:

En investigación de la Fiscalía Local de Antofagasta, II Región, por el delito de robo en lugar habitado, la Fiscalía mantuvo la reserva de identidad de un testigo protegido, con anuencia del Juez de Garantía, hasta el juicio oral, en que se dio a conocer la identidad y la defensa pudo contrainterrogar al testigo. Posteriormente, la defensa recurrió de nulidad, siendo resuelta por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que, en relación al argumento del defensor, fundamentó el rechazo de su planteamiento de éste, de la siguiente manera: según el "defensor no tuvo acceso a la identidad de un testigo que declaró en el juicio oral la que se mantuvo en reserva por resolución del Juez de garantía y de esta manera no estuvo en condiciones de desacreditarla o controvertirla y ejercer igual derecho respecto de su credibilidad. Sobre este particular, la Fiscalía hizo presente que la reserva decretada no fue objeto de impugnación por la defensa en su oportunidad y que durante el juicio tuvo la posibilidad de contrainterrogar al testigo (hecho reconocido por el Sr. Defensor en la audiencia celebrada en esta Corte). A mayor abundamiento, señaló el Sr. Fiscal en estrados, que la carpeta de investigación permaneció a disposición de la defensa sin restricciones y no consta que fuera solicitada para su revisión. De lo expuesto fluye que en modo alguno se ha vulnerado el derecho a la defensa, lo que es suficiente para rechazar el recurso por este capítulo"⁴.

5.- Planteamientos en reclamaciones ante el Juez de Garantía.

La defensa podría reclamar ante el Juez de Garantía por la reserva de identidad decretada, dando lugar a una audiencia en que la medida adoptada por el Ministerio Público se sometería a discusión.

En esa audiencia, la Fiscalía deberá sostener, además de los fundamentos jurídicos señalados, los siguientes argumentos:

- La identidad de los testigos no constituye por sí misma un material probatorio o antecedente útil para los intereses de la persecución, a diferencia de sus declaraciones, que pueden entregar información inculpatória. Será respecto de éstas, y no de aquella, que el imputado, como todos los demás intervinientes, podrán tener acceso durante todo el curso de la investigación formalizada, de conformidad con lo estatuido por el artículo 182 CPP .
- Revelar en forma anticipada los nombres de testigos que se encuentran en una situación objetiva de peligro, pondría al Ministerio Público en posición de exponer al testigo a un riesgo concreto de agresión, en circunstancias que tiene

⁴ Fallo de fecha 26 de septiembre de 2003, I. Corte de Antofagasta, Rol 298-2003.

obligación constitucional y legal de brindarle protección. Incluso esto ocurrirá cuando aún no existe certeza sobre si será o no presentado al juicio oral, esto es, sin que siquiera sea claro que dicha información será de utilidad para la defensa.

- Una interpretación restrictiva respecto de la aplicabilidad de esta medida, podría constituir una infracción a la garantía constitucional del derecho a la vida e integridad física de las personas contemplada en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política, así como podría constituir una discriminación atentatoria contra el derecho de igualdad ante la ley del testigo que se encuentre en condición objetiva de riesgo, garantizado en el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental.

- La reserva de identidad adoptada durante la etapa de investigación **no afecta las garantías** previstas por el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que ellas aseguran que la defensa pueda interrogar a los testigos de cargo y presentar testigos de descargo, derechos cuya vigencia se mantiene absolutamente incólume, ya que pueden ejercerse en su oportunidad (presentar testigos de descargo: art. 263 letra c) CPP; interrogar testigos de cargo: art. 329 CPP).

- De acuerdo al artículo 93 letra e) CPP, en la etapa de investigación, el imputado tiene derecho a conocer el **contenido de la investigación y, teniendo** ese acceso, no puede estimarse vulnerado este específico derecho.

- En la adopción de medidas destinadas a reservar la identidad se ven involucrados tres intereses. Primero, el interés del Estado en la eficacia de la persecución penal, la que puede verse seriamente afectada cuando existe un peligro cierto en contra de testigos llamados a aportar información al proceso. Segundo, el interés por el resguardo de los derechos específicos de la víctima o testigos que se ven amenazados (ej.: vida, integridad física), consagrados en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Tercero, el interés por el derecho de defensa. El Tribunal de Garantía, en su calidad de tal, se encuentra obligado a contemplar los tres intereses involucrados⁵.

⁵ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado: "Ciertamente, el art. 6 -de la Convención Europea sobre Derechos Humanos- no exige explícitamente que los intereses de los testigos en general, y de las víctimas citadas a declarar en particular, sean tomados en consideración. De todas maneras, pueden verse su vida, su libertad o su seguridad, como intereses relevantes incluidos, de un modo general, en el art. 8 de la Convención. Tales intereses de testigos y de víctimas son protegidos, en principio, por otras disposiciones de la Convención que exigen a los Estados que organicen el procedimiento penal de modo que dichos intereses no sean puestos en peligro. Sentado esto, **los principios del proceso equitativo exigen igualmente que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados a declarar**" (sentencia de 26 de marzo de 1996, párrafo 70). Este pronunciamiento constituye un verdadero mandato, de un tribunal de derechos humanos, de considerar no sólo el derecho de defensa sino también los derechos de testigos o víctimas que pueden encontrarse en cuestión. Según este dictamen, un proceso penal que sólo considera el derecho de defensa y no contempla los derechos fundamentales de víctimas o testigos, no puede calificarse de equitativo.

- La reserva de identidad es una medida de protección que se encuentra **legitimada** en el ámbito de la jurisprudencia internacional. En este sentido, existen pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que legitiman dicha medida, cumplidas ciertas condiciones⁶

Agradeceré mantener informada a esta Fiscalía Nacional acerca de las experiencias que se generen en relación a la reserva de identidad y aplicación de los criterios indicados, así como las vías de impugnación adoptadas en cada caso.

El presente oficio deberá ser distribuido a los fiscales adjuntos, asesores jurídicos de las Fiscalías Regionales y ayudantes de fiscales, para su conocimiento y orientación en las materias que aquí se tratan, sin perjuicio del cumplimiento de los criterios de actuación contenidos en ésta.

Las dudas y observaciones que surjan del estudio del presente oficio deberán ser canalizadas por intermedio de los Fiscales Regionales.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/ crz

⁶ Consultar “La protección de los testigos en la Reforma Procesal Penal”, *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal*, Editorial Fallos del Mes, año 2003, pp. 168 y ss. Sonia Rojas y Luis E. Rojas quienes citan como ejemplo, caso Doorson, sentencia TEDH del 26 de marzo de 1996.