

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La valoración del testimonio anónimo como desafío de interpretación

*The evaluation of anonymous testimony
as an interpretive challenge*

María de los Ángeles González Coulon 

Thomas Vogt Geisse 

Universidad de Chile

RESUMEN

En este trabajo pretendemos enfocar el problema de valoración de testigos anónimos en el proceso penal chileno a partir de la regulación introducida por la Ley 21577 de 2023. Dicha normativa no solo estableció medidas de protección en la fase investigativa y de prueba para testigos con identidad reservada, sino que también introdujo, con el artículo 226 U del Código Procesal Penal, un impedimento de condenar solamente con base en la declaración de testigos de identidad reservada. El artículo presenta los recientes desarrollos legislativos en torno al testimonio anónimo y examina, en especial, líneas de interpretación del impedimento de usar el testimonio como única base de la condena. Se concluye que corresponde a una norma que, más que atender a consideraciones epistémicas, previene estrategias de persecución y acusación que emplean, de forma desproporcionada, la reserva de identidad de testigos en desmedro del derecho de defensa del acusado.

PALABRAS CLAVE

Justicia penal • testimonio • publicidad • derecho a defensa • contrainterro-gatorio.

ABSTRACT

In this paper, we address the issue of evaluating anonymous witnesses in Chilean criminal proceedings based on the regulation introduced by the Law 21577 of 2023. This legislation not only established protective measures during the investigative and evidentiary phases for witnesses with concealed identities but also introduced, through Article 226 U of the Chilean Code of Criminal Procedure, a restriction on convictions solely based on the testimony of witnesses with protected identities. The article presents recent legislative developments regarding anonymous testimony and examines, in particular, the inter-

preemptive approaches to the restriction against using anonymous testimony as the sole basis for conviction. The analysis concludes that this provision, rather than being primarily epistemic, serves to prevent prosecutorial strategies that disproportionately employ witness anonymity to the detriment of the defendant's right to defense.

KEY WORDS

Criminal justice • testimony • publicity • right to a defense • cross-examination.

I. INTRODUCCIÓN

En 2023 se publicó la Ley 21577, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece el comiso de ganancias. Si bien esta nueva normativa, como lo indica su nombre, establece distintas medidas para enfrentar el crimen organizado, muchas de ellas apuntan a diligencias de investigación, entre las que se regulan, de manera general porque implica introducción de nuevos artículos al Código Procesal Penal, medidas de protección de agentes encubiertos y reveladores, informantes y testigos protegidos cuya identidad se encuentra reservada. Esto vuelve a poner en la palestra la forma de abordar los testimonios protegidos en la valoración de la prueba.

La discusión sobre testigos protegidos es de larga data, tanto a nivel comparado como en nuestro país. A nivel internacional, encontramos casos emblemáticos como los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Doorson vs. Netherlands*¹ y *Krasniki v. The Czech Republic*², también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Norín Catrimán y otros v. Chile*³ y *Pollo Rivera v. Perú*⁴. A nivel legislativo, en el ámbito chileno, ya en 2002 se planteaba el tema a propósito de la reforma a la Ley 18314 y la publicación de la Ley 20000 en 2005. La tensión con el derecho de defensa queda de manifiesto en sentencias como *Alford v. Estados Unidos*⁵ que, si bien no se refiere específicamente a este tipo de testigos, aborda el problema de la limitación de los interrogatorios.

La figura del testigo protegido, como un tipo de testigos y desde un sentido general de una especie de prueba testimonial, ha generado una

¹ European Convention on Human Rights, *Doorson v. The Netherlands*, 1996.

² European Convention on Human Rights, *Krasniki v. The Czech Republic*, 2006.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pollo Rivera y otros v. Perú*, 21 de octubre de 2016.

⁵ U.S. Supreme Court, *Alford v. United States*, 282 U.S. 687, 1931.

discusión aún abierta. La prueba testimonial, en un sentido tradicional, tiene en su centro el examen del testigo y la desconfianza que genera. Este ha sido uno de sus grandes problemas, que su valoración considere solamente quién es la persona que declara y, en torno a aquello, se tienda a desatender la información que está entregando⁶. Así, hay muchas situaciones en las que la cercanía con los hechos de la persona que declara —lo cual genera desconfianza— permitiría que nos entregara mejor y más información para la decisión del tribunal. Luego, a pesar de este centralismo en la persona, en el caso de los testimonios reservados esta discusión se omite y orbita más bien en la imposibilidad total o parcial de la defensa de interrogar a dicho testigo. De esta manera se ha señalado: «El conflicto que exploraremos no está dado por la reserva de identidad *per se*, sino que por las enormes limitaciones para el imputado que se derivan de ella, las que se encuentran en tensión con el derecho a la defensa en su dimensión del derecho a confrontación»⁷.

La jurisprudencia europea ya centraba su análisis en la posibilidad de contrainterrogar y aquello, para nuestro país, se hizo patente en la condena a Chile por parte de la CIDH en 2014 en el caso *Norín Catrimán y otros v. Chile* donde se entendió infringido el artículo 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al establecer una condena por delito terrorista basada únicamente en la declaración de un testigo reservado.

Tomando la condena anterior en consideración, e independientemente de la finalidad de la protección a testigos y de las medidas que puedan imponerse para su protección, es necesario volver sobre la posibilidad de que la declaración de un testigo reservado permita condenar. Esto porque la reforma de 2023 introdujo el artículo 226 U al Código Procesal Penal, que indica que este tipo de testimonios se valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pero que en ningún caso el tribunal puede fundar su condena únicamente en declaraciones de un testigo protegido.

Así las cosas, este artículo busca ubicar el problema de los testigos protegidos dentro del derecho probatorio, es decir, tomando como punto de partida el estudio general de la prueba testimonial (sección II). A partir de ahí, se busca trazar la evolución en el derecho chileno desde distintas legislaciones en particular hasta la condena a nivel interamericano y la nueva normativa sobre crimen organizado (sección III). Así, independientemente de la descripción que se puede hacer de la nueva normativa,

⁶ GONZÁLEZ (2019), pp. 791-819.

⁷ BEJARANO y LEIVA (2018), p. 167.

exploraremos vías de interpretación de la prohibición de condena fundada únicamente sobre el testimonio anónimo contenida en el artículo 226 U II del Código Procesal Penal, revelando su función primaria (sección IV). El artículo termina con un conjunto de conclusiones (sección V).

II. EL TESTIMONIO ANÓNIMO DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. Recalibrando la teoría de la prueba testimonial

Para aproximarnos a un concepto de testigo protegido, en primer término es necesario revisar el concepto de testigo de modo general. Así, la doctrina tradicional se refiere, en un sistema continental como el nuestro, a la prueba testimonial como aquella declaración que realiza un tercero independiente sobre hechos concretos que percibió por alguno de sus sentidos⁸. A su vez, este tercero debe tener ciertas cualidades especiales para que se considere apropiado asignar valor probatorio a dicho testimonio en juicio al momento de la valoración, de lo contrario fomentará su desconfianza respecto al medio de prueba. Así, su independencia se traduce en la ausencia de relación con las partes o cualquier otro compromiso con el resultado del juicio, porque se interpreta que aquello afectaría su credibilidad y, además, no puede entregar opiniones⁹.

La definición esbozada es simple, pero, así y todo, permite que extraigamos varias consecuencias de la misma. La primera de estas es que parte de su análisis se encuentra en el sujeto que realiza la declaración, ya que la mayoría de sus características derivan de aquello. A esto se suma que se busca que la declaración, para que sirva en el juicio, sea totalmente consistente, coherente y completa, esto último vinculado también a que toda la información que se entregue sirva al tribunal¹⁰.

Esta noción de prueba testimonial corresponde a la definición tradicional que se ha desarrollado y mantenido a lo largo del tiempo por la doctrina procesal. Luego, esta tiende a perder de vista la naturaleza jurídica de este medio de prueba, la cual es simplemente ser testimonios¹¹. En los países bajo el sistema de *common law* así se ha entendido, y el estudio de este medio de prueba no es distinto al de otras declaraciones como las que provienen de las partes o los peritos. Una aproximación hacia esta mirada parece ser más consistente con la libertad probatoria, porque la

⁸ CONTRERAS (2015), p. 219.

⁹ DE PAULA RAMOS (2019), p. 51; DIGES (2016), pp. 67 y ss.

¹⁰ GONZÁLEZ (2024).

¹¹ GONZÁLEZ (2021), p. 204.

transversalidad permitiría dejar de lado, en principio, la desconfianza de las declaraciones dependiendo del tipo de sujeto que las emite —perito, parte o tercero—, lo que produce una especie de jerarquización de medios de prueba, y además estudiar los elementos generales que componen los testimonios, sin los prejuicios de quien declara.

De esta manera, especialmente para el estudio de los testigos anónimos, es que debiésemos establecer un concepto general de testimonio que permita distinguir los elementos que lo componen. Testimonio se debe entender como una forma de comunicación en que una persona —hablante, testigo, agente, sujeto— entrega información a otra —audiencia, tribunal— que no posee dicha información, lo que genera, por tanto, nuevas creencias o conocimientos en esta última¹².

Así, es posible distinguir dos elementos que componen dicha definición. Por una parte, al testigo, agente o hablante, y, por otro, el testimonio mismo o producto de la declaración. El primero de ellos se refiere a quien conoce algún hecho y transfiere una creencia o conocimiento a una audiencia que lo desconoce, que es el tribunal en el caso de un proceso judicial¹³. El producto es simplemente el resultado obtenido de la declaración de este sujeto, es concretamente el nuevo conocimiento o creencia¹⁴.

La distinción planteada es fundamental, porque nos permitirá revisar, en una situación de igualdad, ambos elementos al momento de valorar el medio de prueba; es decir, sin establecer un énfasis particular en quién es el sujeto, lo que muchas veces contamina la valoración de su declaración y que hemos definido como producto. En otras palabras, esta distinción es relevante al momento de valorar testimonios provenientes de testigos protegidos cuya identidad está reservada, porque arroja la pregunta sobre la posibilidad de dejar de lado al sujeto que lo emite para enfocarse únicamente en el testimonio.

2. *Los testigos anónimos*

La definición de testigos anónimos no dista en general de la entregada para la prueba testimonial por la doctrina más tradicional. Es decir, son precisamente terceros que percibieron algún hecho a través de sus sentidos y, en virtud de aquello, son llamados al juicio a declarar. En ese sentido, se espera de ellos lo mismo que lo esbozado en los párrafos precedentes: que nos entreguen información completa, consistente y coherente sobre

¹² GONZÁLEZ (2021), p. 204.

¹³ GONZÁLEZ (2019), p. 793.

¹⁴ GONZÁLEZ (2019), p. 793.

lo que están informando. La particularidad del testigo anónimo es que la identidad de quien entrega el testimonio es desconocida para el acusado, y a veces incluso para su defensor y el tribunal.

De esta manera, se han conceptualizado como:

Una persona que ha presenciado un hecho punible y concurre a juicio, y no debe confundírsele con un colaborador eficaz, quien es un delincuente arrepentido, que tiene conocimiento de la forma como funciona una organización criminal, se ha separado en forma oportuna, proporciona relevante información y goza del derecho penal premial. El testigo es un colaborador de la impartición de justicia, en cambio un colaborador eficaz es un soplón que accede a beneficios penales¹⁵.

La falta de identificación de la persona que presta el testimonio se genera como medida de protección estatal que busca atender al peligro concreto de comisión de ilícitos en contra de estos sujetos, por lo que generalmente va flanqueada por un conjunto de medidas de protección policiales. Así, ante la necesidad de esclarecer hechos constitutivos de delitos que solo sería posible con la declaración de estas personas, es que se reserva la identidad del testigos, haciendo inaccesible para la defensa y el acusado su nombre y datos generales asociados a su persona¹⁶.

III. LA RECEPCIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

I. Legislación previa a la Ley 21577

La institución de los testigos anónimos no es ajena a la realidad chilena. Si bien, como revisaremos, la Ley 21577 los introdujo de manera sistemática y de aplicación general al crimen organizado en nuestro Código Procesal Penal, se ha desarrollado en diversas legislaciones especiales, principalmente en la Ley 18314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley Antiterrorista) y la Ley 20000 que sustituye la Ley 19366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolíticas (Ley de Drogas).

En el Código Procesal Penal encontramos normas de protección de testigos a propósito de la regulación general de la prueba testimonial en el juicio oral. El artículo 307 de dicho cuerpo legal establece medidas de protección respecto a la no divulgación de domicilio del testigo, y el artículo 308 señala que «*en casos graves y calificados, o para evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los testigos con ocasión de su interacción en un*

¹⁵ OBANDO (2021), p. 420; misma idea en GONZÁLEZ VELÁSQUEZ (2019), p. 218

¹⁶ GONZÁLEZ VELÁSQUEZ (2019), p. 218.

juicio oral, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último», mencionando algunos ejemplos de este tipo de medidas.

Las normas citadas regulan de forma general medidas de protección durante el juicio oral, identificándose un desarrollo más específico en ciertas leyes especiales. En primer lugar, la Ley Antiterrorista, en su artículo 16 I, establece: «*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. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio*».

En el caso particular de esta ley, se determinan distintas medidas para poder garantizar la cautela de la identidad de dichos testigos, señalándose, en la misma norma citada, en primer lugar, que cualquier infracción a la norma referida será sancionada con reclusión menor en su grado medio a máximo o con multa, dependiendo de las circunstancias. Además, de oficio o a petición de parte, se podrán decretar medidas de protección policial para dichos peritos o testigos, llegando incluso, de ser estrictamente necesario, a complementar con la provisión de recursos económicos suficientes para un eventual cambio de domicilio u otras medidas idóneas. Luego, con posterioridad al juicio, se podrá autorizar a que dicha persona cambie su identidad, como lo establece el artículo 20 de la ley citada.

Respecto al desarrollo mismo del juicio, se permite, según establece el artículo 18 de la ley analizada, que los testigos protegidos presten de manera anticipada sus declaraciones, rigiéndose por lo establecido en el artículo 191 del Código Procesal Penal, y poder utilizar cualquier medio que resguarde su identidad física normal. Pero, como una manera de resguardar los derechos mínimos de un debido proceso, el tribunal debe comprobar previamente la identidad del testigo. Hecho lo anterior, podrán excluirse del debate las referencias a su identidad, sin perjuicio que aquello no implica negar a la defensa la contrainterrogación, ya que podría interrogarlo para establecer su credibilidad y esclarecer los hechos de lo que depone, siempre que no se revele la identidad, según describe el artículo 18.

En el caso de la Ley de Drogas, el tipo de testigos que analizamos están regulados en los artículos 30 al 37. Menciona el primero de estos artículos que, sin perjuicio de las normas generales que el Código Procesal Penal establece, si el Ministerio Público estima que hay riesgo o peligro para la vida o integridad física de un testigo, se deben disponer medidas de protección especiales y adecuadas para ellos durante la investigación.

Al igual que en la Ley Antiterrorista, se contemplan sanciones para quienes infrinjan la protección de identidad, así como la posibilidad de medidas complementarias de protección. Se establece también la posibilidad

bilidad de una investigación secreta hasta su cierre. El artículo 30 de la ley revisada especifica que, para la protección de la identidad, se podrán ordenar medidas como: i) que no consten en los registros de las diligencias practicadas datos referidos a la identificación del testigo; ii) que el domicilio, para notificaciones y citaciones, sea la sede del tribunal o la fiscalía, y deben hacérselas llegar de manera reservada; o iii) que en los casos de comparecencia, esta se realice en un lugar distinto de donde funciona la fiscalía, sin constancia de la ubicación.

De esta manera, podemos observar cómo la regulación anterior a la Ley 21577 comparte con esta una preocupación por asegurar un manejo exclusivo de la identidad de ciertos testigos, aunque el énfasis, tanto en la Ley Antiterrorista como en la de Drogas, se encuentra principalmente en reconocer la utilización de estos testigos como medio de prueba, al ser estos delitos de mayor connotación, por lo que justificaría aquello, y en la descripción de las medidas de protección policial para estos declarantes. Ahora, nada se menciona sobre cómo valorar los testimonios anónimos ni si hay ciertas restricciones a una condena sobre la base de estos testimonios. Si bien estas leyes reconocen que «*en ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente*» (Ley Antiterrorista, artículo 18 III; Ley de Drogas, artículo 32 III), no hay claridad sobre cómo este derecho se hace compatible con la falta de conocimiento de la identidad del testigo incriminador. Esto fue lo que finalmente tuvo como consecuencia la condena al Estado chileno en el caso *Norín Catrimán y otros v. Chile* y también la necesidad de reforma al Código Procesal Penal.

2. Caso *Norín Catrimán y otros v. Chile*

El caso *Norín Catrimán y otros v. Chile* marcó un hito en materia de testimonios reservados, generando presión para la adecuación del derecho interno chileno luego de la sentencia de 29 de mayo de 2014 de la Corte IDH. El origen se encuentra en la condena de dirigentes mapuches por delitos tipificados como terroristas por la Ley 18314 por parte Tribunal Oral en lo Penal de Angol. Si bien la Corte identifica varias vulneraciones de los derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la que nos interesa dice relación con la condena por delito de amenaza de incendio terrorista sobre la base de un testimonio anónimo.

En relación con el testimonio anónimo o reservado, que, como revisamos, contempla la Ley 18314, la Corte IDH estimó que, en el caso específico de la condena a Pichún Paillalao como autor del delito de amenaza

de incendio terrorista en perjuicio de los dueños del fundo Nancahue, y aunque se presentaron otros medios de prueba, la condena se basó en la declaración del «testigo protegido número 1», mientras los otros testigos (identificados) solo tuvieron un conocimiento indirecto y, por lo tanto, no dieron un aporte decisivo:

Para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequeo Pichún Paillalao¹⁷.

El razonamiento de la Corte se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hasta dicha fecha entendía que el testimonio anónimo solo podía fundar una condena compatible con el derecho de contrainterrogación en caso de que no sea la única y decisiva prueba incriminatoria¹⁸.

El estándar que la CIDH exigió para un uso del testimonio anónimo de forma compatible con el derecho de defensa del acusado es el siguiente: primero, las medidas de reserva de identidad deben fundarse en necesidad y proporcionalidad en relación al riesgo que amenaza al testigo, y la decisión de aplicarlas debe estar sometida a control judicial¹⁹; segundo, su uso requiere asegurar medidas de contrapeso, como que la autoridad judicial conozca la identidad del testigo, observe el comportamiento durante el interrogatorio, es decir, exista inmediación para poder identificar aspectos de fiabilidad de la declaración, y que la defensa pueda interrogarlo directamente (sin revelación de su identidad)²⁰; por último, se menciona que no es posible condenar basándose únicamente, o de forma decisiva, en la declaración reservada o anónima²¹.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 252.

¹⁸ En específico, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Doorson v. Países Bajos*, número 20524/92, 26 de marzo de 1996, párrafo 76; *Van Mechelen y otros v. Países Bajos*, números 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93, 23 de abril de 1997, párrafos 53 a 55, citadas por Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 247, nota 273.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 245.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 246.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 247.

Como mencionamos, la CIDH utiliza este estándar, centrándose principalmente en que la declaración del testigo reservado no puede ser decisiva para la condena, como considera que sí lo fue en el caso de Pichún Paillalao. En ese sentido:

La condena penal [...] estuvo fundada en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada (el «testigo protegido número 1»), pues si bien se hace referencia a otros medios de prueba, estos por sí solos no hubiesen bastado para llegar a la condena, ya que las otras tres personas que rindieron testimonio solo tenían un conocimiento indirecto²².

El criterio esbozado se sustenta en la idea de 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*»²³.

De esta forma, se ha entendido que la condena basada única y decisivamente en un testimonio anónimo estaría infringiendo el artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que menciona, en su letra f), como garantías judiciales el «*derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*». Esto, en relación al artículo 6.3 letra d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

3. Ley 21577

La Ley 21577, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece el comiso de ganancias, introdujo variadas modificaciones al Código Procesal Penal intercalando, según consta su artículo 2 número 10, entre el artículo 226 y el artículo 226 bis de dicho cuerpo legal: «*Párrafo 3 bis. Diligencias especiales de investigación aplicables para casos de criminalidad organizada*». La mayor parte de la normativa regula, en particular, la utilización de agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes (artículos 226 B-E), la entrega vigilada (artículos 226 F-G) y la entrega de disposiciones comunes para el empleo de estas medidas (artículo 226 H-M).

El empleo de estas medidas riesgosas naturalmente exige asegurar la protección de quienes participan de ellas, por lo que se incorporó un apar-

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 251.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014, considerando 247.

tado «V. De las medidas de protección para agentes encubiertos, reveladores e informantes». Estas medidas de protección son de nuestro interés ya que, a diferencia de lo que sugiere su título, no se limitan a la protección de quienes detentan la calidad de personas ahí nombradas, sino también son aplicables a testigos que gozan de medidas de protección generales de los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal. La nueva normativa los llama «testigos protegidos» para distinguirlos de quienes testifican como agentes encubiertos, reveladores o informantes²⁴. Con todo, para efectos del análisis general que sigue, no es relevante si el testimonio anónimo se aporta por un agente encubierto o revelador, un informante o un testigo protegido (sin perjuicio de que en el caso concreto pueda cobrar relevancia porque difieren en la forma en que toman conocimiento del hecho punible).

En cuanto a las medidas de protección contempladas, se pueden dividir en dos grupos. En el primer grupo están las medidas de protección a testigos en una etapa de investigación y de relación con las policías, previstas en las letras N y O del artículo 226, que se complementan con la letra Q sobre protección policial, la R sobre medidas complementarias y la S sobre cambio de identidad; un segundo grupo, que nos interesa en este trabajo, contiene normas sobre la rendición anónima de la prueba testimonial (artículo 226 P) y sobre la valoración del testimonio anónimo y su suficiencia para una condena (artículo 226 U). Esta última norma es la mayor novedad y presenta, a nuestro juicio, un importante desafío de interpretación. El artículo 226 U tiene el siguiente tenor:

Valoración de la prueba y condena. El tribunal valorará el testimonio de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes conforme a las reglas de la sana crítica.

En ningún caso el tribunal podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad.

Esta normativa es consistente con algunos de los términos de la condena a Chile por la Corte IDH. Por un lado, reafirma la regla general de valoración según las reglas de la sana crítica; y, por el otro, dispone que «en ningún caso» el tribunal podrá fundar la condena «únicamente» en esa declaración, quitándole en este aspecto la libertad que, en el marco de la sana crítica, la ley le otorga. El alcance que se da a esta norma es im-

²⁴ Véase el término de «testigos protegidos» en los artículos 226 N I, 226 P II y 226 U II del Código Procesal Penal.

portante, porque es de esperar que la defensa de los condenados sobre la base de testimonios anónimos regularmente busquen invalidar condenas basadas en testimonios anónimos (invocando las causales de los artículos 373a o 374c del Código Procesal Penal). En consecuencia, a continuación desarrollaremos algunas líneas para encauzar el desafío de interpretación que esta norma plantea.

IV. EL IMPEDIMENTO DE FUNDAR UNA CONDENAS ÚNICAMENTE EN UN TESTIMONIO ANÓNIMO: LÍNEAS DE INTERPRETACIÓN

El artículo 226 U II del Código Procesal Penal dispone: «*En ningún caso el tribunal podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad*». Como mencionamos, a este nivel de análisis no importa el tipo de declarante, por lo que denominaremos las declaraciones de todas esas personas «testimonios anónimos». La norma es clara en cuanto establece un impedimento de condenar bajo ciertas circunstancias («en ningún caso el tribunal podrá»). La discrepancia surgirá sobre el alcance del «únicamente», es decir, la pregunta sobre cuándo el testimonio anónimo constituye fundamento único de la condena y cuándo no, especialmente porque la norma deja una en nebulosa si se debe entender como fundamento «decisivo», como lo exige la Corte IDH. Esto exigirá una interpretación orientada en la función de la norma (su «intención o espíritu», en los términos del artículo 19 II del Código Civil).

Para comprender la función del artículo 226 U II del Código Procesal Penal será necesario presentar algunas precisiones sobre el derecho a interrogar y ver el sentido de figuras procesales emparentadas, lo que nos permitirá hacer una propuesta sobre el debido alcance de esa norma²⁵.

²⁵ El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal colombiano establece una norma similar, pero en relación a que no se podrá condenar solamente basándose en prueba de referencia. En otras palabras, la prueba de referencia no puede permitir una condena, solo absolución si es el único medio de prueba. Esto se fundaría en el principio de inmediación: «*El precepto establece la regla general, acorde con la cual, es prueba únicamente la practicada e incorporada en presencia del juez y sometida a confrontación y contradicción, según el caso, por los intervenientes en el proceso penal*» (Corte Suprema de Colombia, SP268-2023, radicación 59017, acta 132, Bogotá D.C., 19 de julio de 2023). En general, más que una discusión sobre los criterios que deben utilizarse para condenar, la jurisprudencia colombiana ha discurrido sobre qué se deberá entender por prueba de referencia. Por ejemplo, véase Corte Suprema de Colombia, SP268-2023, radicación 59017, acta 132, Bogotá D.C., 19 de julio de 2023, o SP722-2025, radicación 60889, acta 064, 26 de marzo de 2025.

1. El derecho a interrogar testigos y restricciones a la publicidad interna

La participación efectiva en términos de igualdad es una pieza central del debido proceso en toda clase de proceso judicial. En los tratados internacionales, es referido como «derecho a ser oído» equitativamente (artículo 10 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6.1 CEDH y artículo 8.1 CADH). En general, se entiende que incluye al menos cuatro elementos: i) el derecho a ser informado oportunamente sobre los contenidos y las actuaciones del proceso; ii) el derecho a realizar actos de participación, por ejemplo, presentar alegaciones de hecho y de derecho, participar en actuaciones judiciales (como la rendición de pruebas) y pronunciarse sobre sus resultados; iii) el derecho a que los actos de participación sean efectivamente considerados por el tribunal; y iv) la prohibición de decisiones sorpresa²⁶.

En la CEDH (artículo 6.3 letras a-e) y el CADH (artículo 8.2 letras a-g) se desglosan algunos de estos aspectos mínimos del derecho a ser oído del acusado en juicio penal. Al ser la prueba testimonial una prueba central en juicios penales, se especifica el derecho a interrogar a los testigos que presentan declaraciones incriminadoras. El artículo 6.3 letra d de la CEDH le asegura el derecho *«a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra»*, y el artículo 8.2 letra f del CADH el derecho *«de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos»*. La efectividad de este derecho a interrogar dependerá de la información de la que disponga la defensa sobre el testigo y el origen y contexto de las percepciones, es decir, presupone lo que Chiovenda denomina *publicidad interna* de los contenidos del proceso, en contraste a la *publicidad externa* frente a la opinión pública²⁷. La publicidad interna asegura la accesibilidad de las partes a los contenidos relevantes del juicio. En el caso del juicio penal, se debe considerar incluido en el derecho a disponer del tiempo y los medios para la preparación de la defensa (artículo 8.2 letra c del CADH).

Estas normas del CADH forman parte del ordenamiento constitucional chileno (artículo 5 II de la Constitución) y se deben entender incluidas en el derecho de defensa que el artículo 19 numeral 3 II y III de la Constitución señala, y en el procedimiento racional y justo que el Estado debe

²⁶ Desde WALDNER (2000), párrafos 50 y ss.

²⁷ La distinción entre publicidad externa (accesibilidad de terceros) y publicidad interna (accesibilidad de las partes) proviene de CHIOVENDA (1925), p. 171. Sobre la importancia actual de esa distinción para resolver cuestiones de confidencialidad procesal, véase VOGT (2025), pp. 148-152.

garantizar conforme al artículo 19 numeral 3 VI, que se concretiza en el artículo 8 del Código Procesal Penal, entre muchas otras disposiciones de ese Código.

En el derecho de la defensa de interrogar al testigo juega un rol preponderante el *contrainterrogatorio* (artículo 330 III del Código Procesal Penal). La posibilidad de contrainterrogar ha sido considerado elemental para garantizar un debido proceso, porque implica materializar el derecho a defensa²⁸. Se considera como una «herramienta que nos permite evidenciar falsedades, contradicciones e inexactitudes de las palabras que se estén declarando en juicio»²⁹. El derecho a contrainterrogar al testigo presupone, por lo tanto, publicidad interna sobre los datos asociados a su persona y su conexión con los hechos, ya que se entiende que si no es posible acceder a los datos personales del interrogado, el derecho a la confrontación se vuelve ilusorio³⁰.

Por lo tanto, si bien la nueva normativa (como también las leyes especiales) condiciona la recepción de la declaración del testigo anónimo a que «*la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente*» (artículo 226 letra P III del Código Procesal Penal), queda abierto cómo eso es posible y cómo se relaciona con el impedimento de fundar una condena únicamente en un testimonio anónimo que prevé el artículo 226 U II del Código Procesal Penal. Para eso nos orientaremos en problemas similares al de la valoración del testimonio anónimo.

2. Una mirada a problemas similares

Ante la pregunta de cómo entender la prohibición de fundar una condena en un testimonio anónimo contenida en el artículo 226 U II del Código Procesal Penal, puede ser útil una mirada a fenómenos similares. Desde el punto de vista del problema subyacente a la norma, esto es, de restricciones al derecho de interrogar, la figura del testimonio anónimo presenta similitud con el testimonio de oídas. Desde el punto de vista de la técnica utilizada para resolver el problema (esto es, el impedimento de usar el testimonio como única prueba para condenar), la norma es similar a la prohibición de utilizar únicamente la declaración del acusado para condenar, contenida en el artículo 340 III Código Procesal Penal. Veamos qué lecciones podemos aprender de la forma en que se abordan esos problemas.

²⁸ DUCE (2014), p. 122.

²⁹ BEJARANO Y LEIVA (2018), p. 170.

³⁰ Ríos (2010), p. 7.

a) El testimonio de oídas y libertad probatoria

Desde el punto de vista del derecho a interrogar, el problema central es, entonces, cuánto puede incidir en la valoración de la prueba la declaración de un testigo que no pudo ser interrogado por la defensa, o solo bajo restricciones. Esta pregunta no solo es relevante para el testimonio anónimo. Podría plantearse de la misma forma para el testimonio de un ausente que se pretenda incluir mediante un testimonio de oídas, invocando la indisponibilidad (más o menos superable) de la persona que emitió la declaración originalmente. La similitud con el testimonio anónimo radica en que en ambos casos hay restricciones al derecho de contrainterrogar para generar duda sobre la fiabilidad del testimonio inculpatorio³¹. La diferencia, entonces, radica en la naturaleza de estas restricciones.

La defensa enfrentada al testimonio anónimo puede hacer, sin mediación y personalmente, preguntas al testigo, pero debe omitir preguntas relacionadas con su identidad (el artículo 226 P III concede el derecho a contrainterrogar solo «*con los resguardos contemplados en los incisos precedentes*», es decir, con los resguardos para impedir la identificación del testigo). El testigo ausente, en cambio, es testigo conocido. Si bien la defensa no puede interrogarlo personalmente en juicio, sí puede cuestionar el testimonio en cuanto a la fiabilidad por razones asociadas a su identidad³².

Es difícil decir en abstracto si la indisponibilidad o el anonimato del testigo es una restricción más gravosa al derecho de interrogar³³. Dependerá de si para evaluar la fiabilidad en un caso concreto son más importantes los datos asociados al *producto* (la declaración, su contenido y el contexto de percepción de lo comunicado) o aquellos asociados al *agente* (la identidad del testigo y su relación con los demás protagonistas del caso), según la distinción esbozada arriba.

Aducimos este parentesco de problemas para revisar si el manejo del testimonio de oídas en el Código Procesal Penal nos puede dar luces respecto a cómo manejar el testimonio anónimo. Aquí llama la atención que nuestro proceso penal no tiene mayores aprensiones contra el testimonio de oídas. Al respecto, el Código Procesal Penal muestra plena confianza a la libertad probatoria concedida a los juzgadores y, en efecto, presupone, al mismo tiempo, su admisibilidad³⁴. Hay una clara decisión de confiar en

³¹ YILMAZ (2024), pp. 34 y 50.

³² YILMAZ (2024), pp. 47-48.

³³ YILMAZ (2024), p. 50.

³⁴ «*Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas*» (Chile, Código Procesal Penal, artículo 309 II, énfasis agregado).

las habilidades cognoscitivas de los juzgadores en este punto, sin que se haya considerado necesaria una norma especial de valoración. Por tanto, si bien la jurisprudencia advierte un déficit epistémico de este tipo de prueba, se entiende que estos cuidados fluyen de las exigencias generales del marco que entregan los artículos 297 (libre valoración conforme a la sana crítica) y 340 (convicción excluyente de duda razonable como estándar de condena) del Código Procesal Penal, sin necesidad de tratamiento especial en miras al derecho de defensa³⁵.

b) La doble función del impedimento de usar la declaración del acusado como base única de condena

Si nos enfocamos ya no en normas que suponen restricciones al derecho a interrogar, sino en normas que impiden condenar sobre la única base de ciertas pruebas, salta a la vista la similitud entre el artículo 226 U II y el artículo 340 III del Código Procesal Penal, que dispone «*no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración*». En esta norma va envuelta una ambivalencia, cuya raíz se encuentra en el principio de no autoincriminación. En concreto, a la no autoincriminación subyacen dos problemas asociados a la confesión penal.

Uno es el bajo valor epistémico de la confesión penal en sistemas que garantizan la no autoincriminación: la veracidad de la declaración autoinculpatoria del imputado genera dudas por la falta de plausibilidad de que alguien deje de lado su interés de autoconservación para cooperar con la determinación de la verdad en el juicio, cuando legítimamente podría absentarse de hacerlo³⁶. De esta actitud implausible emana también el segundo problema: dada la contradicción entre la declaración autoincriminadora con interés de autopreservación (o de autoconstrucción de identidad, según la justificación sustantiva que se prefiera³⁷) está siempre latente el

³⁵ Corte Suprema, 9 de enero de 2014, rol 15187-2013, considerando decimoprimerº («*no está vedada, por la ley, la declaración de testigos de oídas, respecto de los cuales la parte que no los presentó cuenta con la facultad de contrainterrogar*»; «*no es un tema de facultades de la defensa, sino que de valoración de los medios de prueba*»); Corte Suprema, 23 de junio de 2022, rol 96789-2021, considerando segundo («*la evidente menor calidad de esos testimonios [de oídas] al no poder ser contraexaminados sobre puntos respecto de los cuales solo el testigo directo puede responder, constituye un defecto que debe ser sopesado por los jueces en la valoración de esa prueba, valoración que en este caso no ha sido cuestionada*»); en sentido similar Corte Suprema, 2 de noviembre de 2022, rol 76109-2021, considerando sexto.

³⁶ Podría estar protegiendo a otras personas, evitando la exposición en un proceso público o tratando de evitar una investigación más profunda en el asunto. Sobre el riesgo de una confesión falsa, véase HAUER (2007), p. 189.

³⁷ HAUER (2007), pp. 33 y ss.

peligro de que haya sido la consecuencia de alguna coacción inadvertida durante el proceso, y la duda de si efectivamente fue una declaración voluntaria.

Estas dos dudas asociadas a la confesión penal —la duda epistémica y la duda sobre la vigencia de la garantía de no autoincriminación coactiva— dan lugar a dos líneas de interpretación del artículo 340 III del Código Procesal Penal: se puede ver como una regla de prueba legal tasa da (reacción ante la duda epistémica) o como una regla de protección adicional contra autoincriminación (reacción preventiva ante el riesgo de coacción inadvertida).

En cuanto a la duda epistémica: si asumimos que el estándar de convicción excluyente de duda razonable consagrado en el artículo 340 I del Código Procesal Penal tiene la función de minimizar condenas de inocentes³⁸, podemos ver en la prohibición del artículo 340 III del Código Procesal Penal una norma especial para asegurar ese mismo fin. En esa línea, podríamos reconstruir su sentido entendiendo que el legislador confía en que los juzgadores tienen suficientes habilidades cognoscitivas para evitar la condena de inocentes, valorando conforme a la sana crítica y formando su convicción conforme al estándar de exclusión de duda razonable. No obstante, en el caso excepcional de que la declaración del acusado sea la única prueba generada en juicio, el legislador parece detectar un riesgo especial de condena de inocentes, precisamente por lo inverosímil que es que alguien sacrifique reputación, patrimonio o libertad para el esclarecimiento de un delito. Este riesgo especial no se quiere dejar al criterio de los juzgadores. Por tanto, el legislador establece una norma de prueba legal favorable al acusado, que ordena a los juzgadores que, en ese caso, absuelvan sin que importe el contenido de su convicción.

Distinta es la línea de reflexión enfocada en la prevención del empleo (posiblemente inadvertido) de coacción para generar una declaración autoincriminatoria. Aquí el énfasis no está en el riesgo de error al condenar, sino en asegurar cierto tipo de trato al imputado en el proceso. La prohibición configura una norma que busca desincentivar prácticas procesales que promuevan la autoincriminación e incentivar el agotamiento de fuentes de información distintas a la persona del imputado. Asegura que la fiscalía haga sus mejores esfuerzos para levantar prueba incriminatoria que no dependa de la colaboración del imputado y que no tenga mucho rédito presionarlo para provocar la autoincriminación. En esta lectura, la prohibición no tiene fundamento cognoscitivo, sino preventivo de vulneración

³⁸ COLOMA (2016), p. 45.

a garantías fundamentales. Es una sanción procesal por no haber generado prueba alternativa, parecida a la *valoración negativa* en caso de prueba ilícita. Una valoración negativa consiste, en el contexto de la prueba ilícita, en «no considerar como medios de prueba susceptibles de fundar convicción en el tribunal, aquellos [...] cuyo origen se vincula a una infracción de garantías fundamentales del imputado»³⁹.

En nuestro contexto, se podría entender que el artículo 340 III del Código Procesal Penal presume la existencia de una infracción a la garantía de no autoincriminación coactiva en caso de que la única prueba inculpatoria que los acusadores lograron producir sea la declaración del mismo acusado. Bajo esta mirada, el artículo 340 III es una garantía de que los aportes que el acusado haga al esclarecimiento conducente a una condena se obtengan de forma que deja intacta la garantía de no autoincriminación. Esto significa que asegura que esos aportes no se produzcan como cumplimiento de un deber o bajo presión de reducir el mal de la eventual condena (si se considera la circunstancia atenuante del artículo II numerales 9 del Código Penal), sino que se realicen como un comportamiento *supererogatorio*; esto es: como un comportamiento no exigible como deber, pero, pese a ello, merecedor de consecuencias jurídicas favorables en cuanto constituye un comportamiento en beneficio ajeno, expresivo de la fidelidad al derecho⁴⁰.

Naturalmente, es posible afirmar que el artículo 340 III del Código Procesal Penal cumple simultáneamente ambas finalidades: incentiva ellevantamiento de información distinta a la declaración del imputado y, a la vez, minimiza condenas de inocentes mediante una norma de prueba legal favorable al acusado⁴¹. Sin embargo, creemos que, dependiendo del énfasis de uno u otro aspecto, puede diferir el resultado de la interpretación. Si es una norma de prueba legal tasada, se trata de una norma excepcional en un sistema que, por regla general, es de libertad probatoria y libre valoración conforme a la sana crítica. Esta mirada desde la excepcionalidad hace plausible una interpretación restrictiva del ámbito de la norma del artículo 340 III del Código Procesal Penal y, por lo tanto, una comprensión

³⁹ Así el concepto que entrega CORREA (2021), pp. 65-93.

⁴⁰ Sobre esta forma de entender el comportamiento previsto en las atenuantes del artículo II numerales 7, 8, 9 del Código Penal, véase MAÑALICH (2015), pp. 237 y ss.

⁴¹ Así se puede apreciar, por ejemplo, en la siguiente caracterización doctrinaria de la norma: «De allí que no basta con la convicción [faceta de prueba legal]: en cuanto al umbral mínimo, debe haberse desarrollado una mínima actividad probatoria, la que jamás podrá consistir en la mera declaración del acusado [faceta de desincentivo a una persecución centrada en la autoincriminación]». HORVITZ y LÓPEZ (2004), Tomo II, p. 338.

restrictiva de lo que significa «solo mérito» de la declaración del acusado. En cambio, una mirada desde la prevención de coacción inadvertida propondrá a ver en esta norma una especificación del principio general de no autoincriminación (artículos 93 g, 98 y 195 del Código Procesal Penal), y darle un campo de aplicación más amplio, especialmente si la forma en que se condujo el proceso penal demuestra una persecución centrada en la explotación del acusado como fuente de información.

Podemos ilustrar esto a propósito de una pregunta que ha surgido en la jurisprudencia, que es si se configura una condena con «el solo mérito» de la declaración del acusado cuando esta es la única prueba que acredita su participación en el hecho punible, cuya comisión, sin embargo, está acreditada a través de múltiples pruebas diversas; o si deben existir pruebas adicionales tanto para la participación como para la comisión del hecho. Una interpretación orientada a mantener a un mínimo las restricciones a la libertad probatoria lleva a concluir que, mientras existan otras, no se abre el campo de aplicación de la norma, sea que estas se refieran al hecho o a la participación⁴². Una postura centrada en la no autoincriminación, en cambio, mirará el proceso y si este demuestra que los resultados probatorios relativos a la participación permiten sospechar una defraudación de la no autoincriminación, lo que haría aplicable la norma⁴³. No obstante, no está claro (y para este trabajo no es importante aclararlo) cuál de las dos orientaciones (epistémica o preventiva) debe primar en caso de que lleven a resultados interpretativos diversos.

3. La prevención de empleo abusivo de la reserva de identidad como fin de la norma del artículo 226 U II del Código Procesal Penal

La mirada al tratamiento del testimonio de oídas en el Código Procesal Penal nos muestra que nuestro proceso penal no ha tenido problema con

⁴² En esa dirección la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2023, rol 233-2023, considerando decimoprimer (*«la existencia del hecho punible ha sido acreditada cabalmente por medios de prueba que no incluyen la declaración del imputado, por lo que nada impide comprobar la participación con su propia declaración, la que, como señala el tribunal, coincide en circunstancias de tiempo y lugar con el acreditado hecho punible»*).

⁴³ En esa dirección interpreta la Corte de Apelaciones de La Serena, 20 de noviembre de 2012, rol 318-2012, considerando decimosegundo (*«los antecedentes para acreditar la participación [...]», está conformado solo por testimonios de terceros referidas al tenor de lo confesado por este ante un funcionario policial, que por lo demás no estuvo exenta de reproches de garantías, coincidiendo estos sentenciadores con [...] que todos los elementos de convicción en orden a acreditar la participación del encartado emanen directa y exclusivamente de sus propios dichos y por ello carecen de entidad suficiente por sí solo para tal objetivo, en razón de lo establecido en el artículo 340 inciso tercero del Código Procesal Penal»*).

confiar en la libre valoración de la declaración de un testigo, pese a que no pudo ser adecuadamente contrainterrogado por la defensa. Por otro lado, el artículo 340 III del Código Procesal Penal nos muestra que el impedimento de condenar sobre la base de una única declaración (la del acusado en ese caso), puede tener dos sentidos: el de una norma de prueba legal de absolución ante la típica duda epistémica envuelta en esa declaración, o el de una norma de prevención de la vulneración garantías procedimentales. Estas miradas nos permiten comprender mejor el desafío de interpretación que plantea el artículo 226 U II del Código Procesal Penal.

a) Doble función del impedimento de usar el testimonio anónimo como base única de condena

La prohibición de condena con el solo mérito de la declaración del acusado del artículo 340 III del Código Procesal Penal nos muestra que prohibiciones de ese tipo se pueden ver i) como normas que —ante la duda epistémica típicamente asociada a la declaración y la desconfianza en las capacidades cognoscitivas de los juzgadores— ordenan la absolución del condenado; o bien ii) como regla para incentivar cierto tipo de conductas del persecutor y el tribunal para asegurar la vigencia de garantías durante el proceso. Respecto al artículo 226 U II del Código Procesal Penal se puede hacer el ejercicio equivalente. Igual que la confesión penal, el testimonio anónimo presenta una típica duda epistémica y un especial riesgo de vulneración de garantías; la diferencia es que, en este caso, la garantía en peligro no es la garantía de no autoincriminación, sino la del derecho a ser oído y de participar de forma efectiva en el procedimiento.

Este doble riesgo del testimonio anónimo (epistémico y garantista-participativo) es solo un espejo de la función dual del derecho a contraintervrogar que se expresa en la siguiente formulación de Duce, que por su claridad se reproduce:

Por una parte, asegura que el acusado tenga una participación activa en el caso y pueda influir en el proceso de formación de convicción del tribunal que debe resolver [dimensión participativa]. [...] Por la otra, constituye un aspecto central para asegurar una decisión de mejor calidad del juzgador toda vez que la información aportada en el interrogatorio del acusado permitirá contar con más antecedentes y mejorar la evaluación de credibilidad del testigo (o perito), favoreciendo una decisión judicial basada en información de mayor calidad [dimensión epistémica]⁴⁴.

⁴⁴ DUCE (2014), p. 123.

Entonces, al igual que la norma del artículo 340 III del Código Procesal Penal, a primera vista el artículo 226 U II cumple una doble función ante la situación de que un testimonio anónimo sea la única prueba incriminadora. Por un lado, y ante el típico déficit epistémico de esa prueba no testada, impide que juzgadores condenen, incluso si creen haberse formado una convicción más allá de toda duda razonable sobre la culpabilidad del acusado (norma de prueba legal). Por el otro lado, sanciona una actividad de persecución y enjuiciamiento que no ha logrado generar elementos de juicio adicionales al testimonio anónimo (norma de prevención de cierto comportamiento procesal atentatorio al debido proceso⁴⁵).

b) La prevención del empleo desproporcionado de la reserva de identidad como función dominante del artículo 226 U II del Código Procesal Penal

Recién concluimos que la norma del artículo 340 III del Código Procesal Penal es algo ambigua, en cuanto no es fácil decir si predomina la función epistémica (de prueba legal) o la función garantista (de prevención de coacción) en el impedimento de fundar la condena únicamente en la declaración del acusado. En contraste, estimamos que, en el caso del artículo 226 U II, es claro que predomina una faceta garantista que busca prevenir el uso desproporcionado del testimonio anónimo por los órganos de persecución. Lo demuestra el contraste entre el manejo del testimonio de oídas y el testimonio anónimo. Pese a que, como desarrollamos arriba, ambos testimonios se introducen bajo restricciones al derecho a contrainterrogar, respecto al primero, el Código Procesal Penal no considera necesario intervenir en la valoración de la prueba, mientras que en el testimonio anónimo interviene.

Desde una interpretación sistemática, esta diferencia se explica en el potencial de abuso de las restricciones en cada caso. Mientras que en el testimonio de oídas la fiscalía solo tiene opción de introducirlo como tal o no usarlo para respaldar su acusación, el empleo del testimonio anónimo (y la restricción del derecho de defensa que conlleva) está, en mucho mayor medida, en manos del Estado persecutor. Es la fiscalía la que, en un primer momento, decide si hacer uso de la reserva de identidad dependiendo de su evaluación del riesgo respaldada por la prohibición judicial de divulgación (artículo 226 letras N y O del Código Procesal Penal).

En cuanto a la rendición de la prueba testimonial, corresponde al tribunal disponer medidas para asegurar una declaración de forma que impida la revelación de la identidad del testigo para protegerlo de riesgos a

⁴⁵ BEJARANO y LEIVA (2018), p. 188.

sus bienes jurídicos. Así, los artículos 307 II, III (autorización judicial de eximir al testigo de preguntas sobre su identidad respaldada por prohibiciones de divulgación), 226 letra P I (orden de prestación de testimonios por cualquier medio idóneo que impida su identificación), y 226 letra P II del Código Procesal Penal (orden de excluir del debate cualquier referencia a la identidad que ponga en peligro la protección del testigo), todo con posibilidad de no admitir el acceso a la defensa de información relacionada con la identidad del testigo si hay peligro de divulgación (artículo 226 letra P III). Por lo tanto, el grado de restricción de la participación efectiva está en gran medida en manos del perseguidor y acusador. Es de esperar que la evaluación del riesgo de la fiscalía sobre la seguridad del testigo sea la determinante, dado que la defensa justamente no tendrá acceso a la información relativa a la identidad.

Esto abre un potencial de restricción desproporcional del derecho a contrainterrogar en desmedro del derecho de defensa, que es muy distinto al caso del testimonio de oídas. La introducción de un testimonio de un ausente mediante un testigo de oídas permite discutir abiertamente sobre por qué no se llama a declarar al autor de la declaración original. La justificación sobre el empleo del testimonio anónimo es más difícil de debatir y controlar judicialmente. Esta diferencia hace aconsejable que, a nivel de juzgamiento, exista un incentivo a que la fiscalía haga un uso útil, necesario y proporcional de la medida. Por lo tanto, proponemos que el artículo 226 U II del Código Procesal Penal se interprete en esa clave, como sanción ante el empleo de una reserva de identidad del testigo que sea inútil, innecesaria, apresurada o desproporcional en relación con el riesgo que afecta al testigo.

En consecuencia, cuando el artículo 226 U II impide usar un testimonio anónimo como único fundamento de una condena, pretende sancionar y desincentivar un uso injustificado de la reserva de identidad. Siguiendo esta línea, se debe entender que la condena se funda «únicamente» en un testimonio anónimo cuando no existen otros elementos de juicio, o estos no reflejen incidencia suficiente, reflejando una investigación y juicio que se llevaron a cabo con un desproporcionado énfasis en testigos bajo reserva de identidad. Esto, a su vez, nos permite darle un sentido más claro a las exigencias de la Corte IDH sobre el uso del testimonio anónimo.

Primero, nos permite darle sentido al hecho de que, pese a que la Corte IDH declaró que es incompatible con el derecho a interrogar que una condena esté fundada «únicamente o en grado decisivo» en un testimonio anónimo, el legislador omitió la exigencia que sea «decisivo». Bajo la interpretación enfocada en la prevención de un empleo injustificado de la

reserva de identidad, esta omisión no es muy relevante, ya que, sea que se emplee la voz *únicamente* o *decisivamente*, el punto central es que la restricción de la participación de la defensa en la producción de los resultados probatorios que llevan a la condena sea útil, necesaria y estrictamente proporcional al peligro concreto.

Segundo, nos permite ubicar dogmáticamente las *medidas de compensación* que exige la Corte para el uso del testimonio anónimo. Si bien algunas de estas medidas —el conocimiento del tribunal de la identidad del testigo y el derecho de contrainterrogar de aspectos distintos a la identidad— están expresamente previstas (artículo 226 P II y III del Código Procesal Penal, respectivamente), no están claramente regulados los términos del control judicial de la medida de reserva de identidad. Si bien corresponde al tribunal penal determinar el «medio idóneo» para que el testigo pueda declarar bajo anonimato cuando lo «estime necesario para su seguridad personal» (artículo 226 P I CPP), la ley no especifica la exigencia de estricta proporcionalidad que debe guardar la medida en consideración del derecho de defensa, como enfatizó la Corte IDH.

Aquí está el valor de complementar estas normas de prestación de declaración bajo anonimato con una interpretación del artículo 226 U II del Código Procesal Penal como norma de sanción por uso desproporcionado del testimonio anónimo cuando es el único elemento probatorio inculpatorio. Permite configurar interpretativamente una exigencia general de solo emplear esta medida cuando supera el test de proporcionalidad, es decir, cuando es posible acreditar la existencia de un peligro concreto, acreditar que la reserva de identidad es útil para prevenir la concreción de ese peligro, que la reserva de identidad es necesaria, es decir, no hay formas menos gravosas al derecho de defensa de resguardar la seguridad, y que es la medida que de mejor forma realiza simultáneamente el interés en un amplio esclarecimiento del delito, la protección del testigo y el derecho de defensa.

Al evaluar la necesidad y proporcionalidad de la medida, la fiscalía debería aclarar en qué medida existen otras fuentes de información que permitan llegar al mismo resultado de esclarecimiento de una forma menos gravosa para el derecho de defensa, desincentivando una estrategia probatoria que excluya la posibilidad de participación de la defensa.

V. REFLEXIONES FINALES

Este trabajo revisa cómo nuestra legislación ha evolucionado en la regulación del testimonio anónimo en el proceso penal, es decir, aquel testimonio emanado de un tercero cuya identidad es reservada, no solo frente

al público, sino también de la defensa por consideraciones de seguridad. Tanto la normativa general del Código Procesal Penal como la de leyes especiales prevé medidas de protección para resguardar la seguridad de testigos. Sin embargo, la Ley 21577 de 2023 introduce una novedad al Código: el nuevo artículo 226 U, que impide una condena con el solo mérito de la declaración de estos testigos anónimos.

Examinamos que el testimonio anónimo presenta un doble riesgo: uno epistémico, relacionado con la desconfianza en las capacidades cognoscitivas del tribunal y cómo valorar la declaración, y uno relacionado con las restricciones a la defensa en participar en la prestación del testimonio. Ambos riesgos confluyen en el derecho a contrainterrogar, que justamente tiene función epistémica (mejorar la calidad de la información) y participativa (posibilidad de la defensa de influir en la decisión). Una comparación con figuras semejantes, el testimonio de oídas, por un lado, y el impedimento de condenar con la sola declaración del acusado, por el otro, nos permite revelar la función predominante del impedimento de condenar únicamente sobre la base de un testimonio anónimo del artículo 226 U II del Código Procesal Penal permitirá guiar su interpretación de una forma consistente con la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta función es sancionar una estrategia de empleo generalizado del testimonio anónimo por parte de la fiscalía que no se ajuste a controles de utilidad, necesidad y proporcionalidad en consideración al riesgo concreto y las restricciones al derecho de defensa en el juicio respectivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BEJARANO, Josefa y LEIVA, Catalina María (2018): «Derecho a contrainterrogar en la Ley Antiterrorista N°18.314 a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de la Justicia Penal*, N° 12: pp. 165-192.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de derecho procesal civil* (Madrid, Instituto Editorial Reus, traducción de José CASÁIS Y SANTALÓ).
- COLOMA, Rodrigo (2016): «Los usos de los estándares de prueba: Entre umbrales y prototipos», en *Discusiones XVIII – Estándares de prueba*, Vol. 18, N° 2; pp. 23-57.
- CONTRERAS, Cristián (2015): *La valoración de la prueba de interrogatorio* (Madrid, Marcial Pons).
- CORREA, Carlos (2021): «La llamada valoración negativa de la prueba en la doctrina y la jurisprudencia», en *Latin American Legal Studies*, Vol. 8: pp. 65-93.

- DE PAULA RAMOS, Vitor (2019): *La prueba testifical: Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología* (Barcelona, Marcial Pons).
- DIGES, Margarita (2016): *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense* (Madrid, Trotta).
- DUCE, Mauricio (2014): «El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado», en *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17: pp. 118-146.
- GONZÁLEZ, María de los Ángeles (2019): «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N° 3: pp. 791-819.
- (2021) *El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial* (Barcelona, Bosch).
- (2024): «¿Es posible valorar la prueba testimonial? Algunas estrategias para lograrlo en AAVV», en Gianluca Borgia, Silvia Pereira Puigvert, Jacopo Della Torre y Jordi Gimeno Beviá (coordinadores), *Retos de la prueba en el proceso actual* (Barcelona, Aranzadi).
- GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, Aristóteles (2019): «El conflicto del testigo de identidad reservada con el adecuado derecho de defensa», en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, N° 10: DOI [10.22201/fder.26831783e.2019.10.89](https://doi.org/10.22201/fder.26831783e.2019.10.89).
- HAUER, Judith (2007): *Geständnis und Absprache* (Berlín, Duncker & Humblot).
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II (Santiago, Jurídica de Chile).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): «El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad», en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. 28, N° 2: pp. 227-252.
- OBANDO, Lourdes (2021): «El testigo con reserva de identidad y el derecho de defensa del imputado en el Perú», en *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, Vol. 6, N° 11: pp. 412-431.
- RÍOS, Erick (2010): «La admisibilidad de la declaración de testigos desconocidos por la defensa». Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales.
- VOGT, Thomas (2025): «Confidencialidad procesal en juicios públicos: Una teoría para el manejo procesal de disputas de confidencialidad», en *Derecho PUCP*, N° 94: pp. 135-176.
- WALDNER, Wolfram (2000): *Der Anspruch auf rechtliches Gehör* (Dr. Otto Schimdt)

YILMAZ, Candian (2024): «Should the European Court of Human Rights treat the anonymous and the absent witness equally? The application of the same three-step test», en *Groningen Journal of International Law*, Vol. 10, N° 2: pp. 31-50.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de La Serena, 20 de noviembre de 2012, rol 318-2012, en VLEX-408085746.

Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2023, rol 233-2023.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Norín Catrimán y otros v. Chile*, 29 de mayo 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pollo Rivera y otros v. Perú*, 21 de octubre de 2016.

Corte Suprema, 9 de enero de 2014, rol 15187-2013.

Corte Suprema, 23 de junio de 2022, rol 96789-2021.

Corte Suprema, 2 de noviembre de 2022, rol 76109-2021.

European Convention on Human Rights, *Doorson v. Países Bajos*, 1996.

European Convention on Human Rights, *Krasniki v. República Checa*, 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Doorson v. Países Bajos*, 26 de marzo de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Van Mechelen y otros v. Países Bajos*, 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93. Sentencia de 23 de abril de 1997.

U.S. Supreme Court, *Alford v. United States*, 282 U.S. 687, 1931.

Normas citadas

Código Civil, Chile (14/12/1855).

Código Penal, Chile (12/11/1874).

Código Procesal Penal, Chile (12/10/2000).

Constitución Política de la República, Chile (11/8/1980).

Ley 18314, Chile (16/5/1984), determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Ley 19366, Chile (antes de 2005), sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ley 20000, Chile (2/2/2005), sustituye la Ley 19366 y sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ley 21577, Chile (23/5/2023), fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias.

FINANCIAMIENTO

Este trabajo forma parte de los Fondecyt de Iniciación 0000-0003-4499-8960 denominado «Del testigo al testimonio: Una reconstrucción pragmática del testimonio en el derecho procesal. Bases para una reforma de las pruebas declarativas» y 11220600 denominado «La justicia en vitrina. Un estudio dogmático sobre los riesgos de la publicidad judicial y su adecuada limitación».

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS

Los autores declaran no tener conflicto de interés en relación con los contenidos publicados en este artículo.

SOBRE LOS AUTORES

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON es abogada de la Universidad de Chile, profesora asociada del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Su correo electrónico es magonzalez@derecho.uchile.cl.  0000-0003-4499-8960.

THOMAS VOGT GEISSE es abogado de la Universidad de Chile, profesor asistente del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile y doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania. Su correo electrónico es thomasvogt@derecho.uchile.cl.  0000-0002-9169-8306.



Esta obra está bajo una licencia internacional
Creative Commons Atribución 4.0.

