

## *El derecho fundamental de examinar a los testigos*

**Por Alberto Sandhagen<sup>1\*</sup>**

1) El presente trabajo tiene como finalidad efectuar un comentario sobre la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español. Dicha pieza procesal revoca la condena que fuere dictada a un grupo de personas pertenecientes a la *Yihad* islámica, que se sustenta en la declaración de un testigo anónimo que la defensa no tiene la posibilidad de examinar en forma amplia<sup>2</sup>.

Si bien se comentara la resolución del Supremo Tribunal español; no lo es menos que, ello, es una excusa debido a que las conclusiones a las que arribaré podrán perfectamente ser trasladables a cualquier caso que se origine con las siguientes circunstancias: no controlar en forma amplia al testigo en ningún momento del proceso.

2) Surge de los antecedentes transcriptos en la sentencia que los imputados formaban parte de un grupo permanente y que se reunían en la más estricta confidencialidad en el garaje de uno de los inculpados llamado Cipriano, para tratar temas de la *yihad* islámica. En ese contexto, aprovechaban las reuniones, que en principio eran para el tráfico de drogas, para proferir consignas de exaltación de acciones terroristas suicidas con el objeto de incitar a los asistentes a la comisión de dichas acciones. Sin perjuicio de ello, en el referido garaje, se habían dejado una serie de armas junto con otras pertenencias provenientes del Reino de Marruecos. Por lo tanto, el otro acusado Camilo y terceras personas desconocidas, llevaron parte de ellas a una zona próxima a la cochera aludida, conocida como “Arcos Quebrados”, cavando un hoyo y enterrando las armas en ese lugar. El impulso del traslado de las armas hasta ese lugar fue por motivo de seguridad ante las detenciones que hubo en Ceuta<sup>3</sup> donde fueron arrestados algunos miembros del grupo terrorista.

Sentado ello, el Juzgado Central de Instrucción n° 3 de los de la Audiencia Nacional lleva a cabo Diligencias Previas, en virtud de un testigo protegido, por el delito de colaboración terrorista y depósito de armas contra Cipriano y Camilo. Una vez

---

<sup>1\*</sup> Abogado y Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Magistratura, Universidad Nacional de La Matanza-Escuela del Servicio de Justicia. Especialista en Garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso penal, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, Reino de España.

<sup>2</sup> El número de resolución es 296/2019 (STS 1883/2019), del día 4 de junio de 2019. El ponente es Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

<sup>3</sup> Es una ciudad autónoma española, situada en la península Tingitana, en la orilla africana del estrecho de Gibraltar.

concluida la instrucción, eleva los actuados e ingresan para su enjuiciamiento en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Así dadas las cosas, la Audiencia de instancia condena a los imputados Cipriano y Camilo a la pena de ocho años de prisión por la participación activa en organización terrorista e inhabilitación absoluta por tiempo de catorce años y por el delito de depósito de armas de guerra con fines terroristas a la pena de nueve años de prisión e inhabilitación por tiempo de quince años. Aquí interesa destacar que la principal prueba de cargo es un testigo protegido que declara en las dependencias de la Guardia Civil, no lo realiza en la instrucción de la causa y en el juicio oral expone como testigo anónimo por video conferencia -sin ser visualizado y con la voz distorsionada-. Es de hacer notar que la identidad de esa persona no es revelada a las defensas en ningún momento del procedimiento.

Ante dicha sentencia condenatoria, los imputados presentan el respectivo recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que se desestima. Contra esa sentencia, los inculpados interponen recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, recurso que se tiene por presentado y se confiere intervención a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El principal agravio de la defensa, en todas las instancias, es que la sentencia condenatoria se funda con apoyo exclusivo en la declaración de un testigo protegido cuya identidad permanece oculta -para las defensas- durante todo el procedimiento<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> En especial los condenados se agravan: a. el imputado Cipriano: “En el desarrollo argumental del motivo se destacan dos circunstancias de especial relevancia: De un lado, que el recurrente es parapléjico desde el 10 de diciembre 2003, por lo que su situación física le impide la realización de la actividad delictiva que se le atribuye. De otro, que el recurrente tiene importantes enemigos como es el caso de Camilo, que ha sido condenado por tráfico de drogas a una pena de más de 4 años de prisión, que está pendiente de cumplimiento y cuya enemistad deriva de la negativa del recurrente a traficar con drogas, dándose la circunstancia de que esta persona tiene su domicilio lindando con el local en el que aparecieron las armas. De ser esta persona el testigo protegido, la credibilidad de su testimonio sería muy cuestionable, máxime si se tiene en cuenta que ha recibido un trato penitenciario favorable por su delación contra el recurrente. La denegación de esta prueba fundamental constituye, según se expresa en el recurso, una vulneración de su derecho del defensa y debe dar lugar a la nulidad del juicio y de la sentencia”. Además, expresa que: “...las manifestaciones del testigo protegido no ofrecen fiabilidad y suficiencia porque es una persona integrada en las redes criminales de la ciudad de Ceuta, donde son frecuentes las ‘guerras internas y externas’ para controlar el lucrativo negocio del narcotráfico y eliminar la competencia, por lo que ese testimonio debe ser valorado con suma cautela. Por otro lado, más allá de las palabras, el testigo no ha ofrecido datos objetivos acreditativos de los hechos relatados como tampoco lo ha hecho la fuerza policial actuante. Se cuestiona que las armas encontradas hubieran estado enterradas, tal como refirió el testigo y que no aparezca rastro alguno de deterioro y se cuestiona también la posibilidad de que el acusado hubiera realizado viajes a Ceuta a pesar de su estado de salud y de su tratamiento médico e incluso que se le atribuya su participación en el grupo cuando estaba en prisión preventiva”.

Para finalizar, el Tribunal Supremo resuelve que la sentencia que dispone la protección del testigo anónimo, en el juicio oral, no evidencia una debida fundamentación y, por ello, revoca la pieza procesal condenatoria. Para finalizar, remite las actuaciones al inferior con la finalidad que dicte un nuevo auto con arreglo a los criterios expuestos<sup>5</sup>.

3) Si bien el resultado que llega la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal español –en principio- es el correcto; no lo es menos que lleva a preguntarme sobre

---

Por su parte, **b.** el imputado Camilo dice que: “...Se justificó la medida porque a la declaración del testigo le siguieron investigaciones policiales y otras pruebas que justificaban y corroboraban la denuncia del testigo. Pues bien, el hallazgo de algo cuya existencia y localización ya se conoce no corrobora los hechos denunciados y, por otra parte, no existieron investigaciones policiales adicionales. En cuanto al segundo de los requisitos se señala por la defensa que no han existido medidas compensatorias del mantenimiento del anonimato del testigo durante todo el proceso. Así, se afirma que el testigo no declaró ante el juez de instrucción, imposibilitando que la defensa pudiera plantear algún tipo de estrategia para comprobar su credibilidad; también se afirma que no es cierto que al testigo se le hayan podido plantear cualesquiera preguntas sobre los hechos objeto de acusación y basta acudir a la grabación del juicio para comprobar que no se permitió preguntar si el testigo había obtenido algún trato de favor caso de que tuviera procedimientos abiertos por tráfico de drogas, como tampoco se permitió preguntar al testigo por qué tardó 10 meses en denunciar los hechos si tenía miedo y qué había pasado con ese miedo 7 meses después del enterramiento de los armas y 7 años después de las reuniones del grupo terrorista en el garaje. Tampoco se permitió preguntar si el testigo tenía relación con actividades de tráfico de drogas, si había sido detenido alguna vez, si habían tenido algún problema anterior con Camilo o si había sido condenado por algún delito. Por último y en relación con los elementos de corroboración, lo que el tribunal presenta como pruebas autónomas, una de las cuales corrobora a la otra, no es más que una única prueba, la declaración del testigo. No es de recibo, conforme a lo que se argumenta en el escrito impugnatorio, atribuir a los agentes policiales la condición de testigos, simplemente por haber recibido la declaración al testigo protegido”.

<sup>5</sup> Para llegar a esa solución el Tribunal Supremo menciona que: “En este caso el testigo ha declarado en juicio, sin que se comuniquen su identidad, no sólo a los acusados sino tampoco a sus abogados. Ha declarado sin ser visualizado y con distorsión de su voz. La protección, por tanto, ha sido máxima y la limitación del derecho de defensa también. En el auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 28 de febrero de 2018 se ha justificado la decisión porque a la declaración del testigo protegido “han seguido toda una serie de investigaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que han dado un determinado resultado de carácter delictivo, hallando por ejemplo una gran cantidad de armas”. También se ha justificado en que la declaración del testigo no es la única prueba “pues hay otras pruebas de cargo que justifican y corroboran tal denuncia”. Se añade que resulta irrelevante el intento de asesinato sufrido por el acusado a los fines a que nos venimos refiriendo. Pues bien, esta motivación de la sentencia no cumple con el estándar exigible. De un lado, la argumentación del auto no se corresponde exactamente con la realidad. La Guardia Civil no realizó ‘una serie de investigaciones’ posteriores a la declaración del testigo protegido que concluyeran en un resultado delictivo porque los propios agentes han indicado que no realizaron una investigación posterior, a salvo de las diligencias complementarias a los hallazgos de las armas, todas ellas de resultado negativo, salvo los registros domiciliarios. De otro lado, justo es reconocer que al margen de la declaración del testigo protegido hay muy pocas pruebas. En este sentido es discutible si el hallazgo de las armas es una prueba autónoma de la propia declaración del testigo, por lo que el único elemento probatorio adicional es el material incautado en los domicilios. El resto de indagaciones (ADN, huellas) han resultado negativas. Pero más allá de estas consideraciones ninguna referencia se hizo a la situación de riesgo del testigo. No se ha ponderado la extraordinaria gravedad de las penas solicitadas y se ha minusvalorado la limitación del derecho de defensa afirmando que es irrelevante. No se ha ponderado si era esencial conocer la identidad para cuestionar la credibilidad del testimonio ante la ausencia o debilidad de las restantes pruebas de cargo y ni se han analizado otras posibles medidas alternativas, ni se han explicitado qué tipo de medidas compensatorias se iban a adoptar para suplir el déficit de contradicción procesal”.

otras cuestiones previas, antes de llegar a esa última cuestión relativa a la fundamentación de la resolución que dispone el anonimato de la declaración testimonial en juicio.

En efecto, hasta llegar allí uno debería tener una postura afirmativa sobre la siguiente pregunta: **a)** ¿resulta válido para un proceso penal fundar la sentencia de condena en un testimonio que no ha podido examinar la defensa?<sup>6</sup> Y no interrogarse: **b)** ¿desde cuándo se puede controlar al testigo (verbigracia anónimo, protegido, etcétera) en un proceso penal?

De la lectura de la sentencia, se sobreentiende la postura afirmativa y la ausencia de interrogante ante las preguntas sobre los puntos: **a)** y **b)**, respectivamente, sin embargo, no debería ser así. Si bien parece un camino lineal el que recorrió el Tribunal extranjero, se verá que no es tal.

Trataré en este comentario -con un sesgo de derecho procesal penal argentino- las respuestas a las preguntas: **a)** y **b)** eludidas, a mi entender, por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

**4)** Previo a cualquier consideración es dable destacar que el derecho que tiene el imputado a un proceso penal con todas las garantías se asocia, primordialmente, con la presunción de inocencia<sup>7</sup> o el derecho a que no se presuma su culpabilidad hasta tanto no recaiga una sentencia condenatoria firme.

El estado de inocencia se quiebra cuando se efectúa, por parte del órgano acusatorio, una actividad probatoria de cargo suficiente para concluir en la participación (en sentido amplio) del imputado en el hecho punible enrostrado.

La presunción de inocencia opera en todas las fases del proceso, desde que adquiere la calidad de imputado hasta que se imparta una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada. Asimismo, dicha presunción despliega sus efectos al momento, por ejemplo: de disponer alguna medida cautelar o de valorar la prueba o de

---

<sup>6</sup> Aquí, no interesa analizar si se encuentra fundada la resolución que dispuso que el testigo declare en total anonimato. La cuestión pasa por otro lado.

<sup>7</sup> En la Constitución del Reino de España se encuentra estipulada en el artículo 24.2 y expresa: "...2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

disponer la detención en la audiencia de debate al momento de leerse el veredicto, etcétera.

Asimismo, en el ordenamiento español, la libre valoración de la prueba se encuentra establecida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>8</sup> y, ella, debe ser interpretada bajo el tamiz de la presunción de inocencia.

Por otra parte, para construir la culpabilidad de una persona, la condena debe estar cimentada en auténticas pruebas y no en meros actos cumplidos en la instrucción, además dichas pruebas deben ser lícitas o, lo que es lo mismo, no pueden ser adoptadas con violación de los derechos fundamentales y, finalmente, tales medios probatorios tienen que practicarse en un juicio oral y público.

Así dadas las cosas, el derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado a ser absuelto, si no se practica una mínima prueba válida de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desplegada y confirmada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

5) Sentado lo expuesto, el fallo que se comenta me lleva a preguntar si una sentencia condenatoria -en un proceso penal- puede estar fundada por prueba de cargo que no es examinada en forma amplia por la defensa. La respuesta negativa se impone.

El testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso, que depone acerca de lo que puede conocer por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos. La prueba testimonial es la prueba directa que tendría la virtualidad de poner al juez en contacto con los hechos (como si hubiera estado ahí).

Interesa poner de relieve que en la prueba testimonial se debe verificar un juicio sobre lo hablado y el hablante (la atendibilidad del testigo)<sup>9</sup>. Este doble juicio es

---

<sup>8</sup> Dicho artículo reza: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

*Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”.*

<sup>9</sup> Asimismo, Perfecto Andrés Ibañez sostiene que: “Entrando ya en la valoración del rendimiento de este medio probatorio, una vez introducido como tal en un proceso concreto, es claro que su apreciación requiere dos juicios. Uno primero -externo- sobre el hablante; otro sobre lo hablado. Esto último, a su vez, ha de examinarse en dos planos: en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna; y desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a partir de otros medios probatorios. Así, la práctica de la testifical se articula en tres tramos: el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer; y

necesario efectuar para ponderar la credibilidad del testigo, por lo tanto, es indispensable no solo evaluar la información brindada en el testimonio sino, además, saber quién es su emisor<sup>10</sup>. En ello reside la importancia del interrogarlo, verbigracia, por las generales de la ley, ya que posibilita descubrir su eventual interés en el resultado del procedimiento.

No resulta ocioso destacar que la idoneidad del testigo se presume. Por lo tanto, saber quién es el testigo lleva a comprobar innegablemente la seriedad, falsedad y credibilidad de su declaración, conforme a situaciones precedentes que puedan enturbiar la franqueza de sus dichos. Así, a partir de que las partes puedan ver en directo al testigo, no solo estoy hablando en la instancia de debate oral sino también en la instrucción, podrán efectivamente escucharlo y verlo declarar. Esta combinación de lenguaje verbal y gestual tendría en las partes la capacidad y/o habilidad para confrontar la veracidad de lo manifestado<sup>11</sup>.

Así dadas las cosas, la auténtica prueba testimonial es la que se produce con inmediación y contradicción de las partes.

En efecto, la inmediación implica el conocimiento directo de la prueba, el medio probatorio como objeto de conocimiento y las partes del proceso como sujetos cognoscentes, enfrentadas sin obstáculos o filtros que impidan la apreciación personal por quien tiene el deber de juzgar. Sin dudas, la inmediación se encuentra íntimamente relacionada con la regla de la oralidad, convirtiéndola en un mecanismo que genera una comunicación sin intermediarios, entre el juez, las partes y los medios de prueba que hacen a la confirmación y refutación de las alegaciones<sup>12</sup>.

---

*el que tendría por objeto evaluar si lo narrado es o no cierto” (en Prueba y convicción judicial en el proceso penal, editorial Hammurabi, primera edición, 2009, páginas 113/114).*

<sup>10</sup> Perfecto Andrés Ibañez afirma que hay tres criterios de apreciación de la credibilidad del testigo: la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima; la verosimilitud y la persistencia en la incriminación. Ellas son pautas idóneas para evaluar el grado de sinceridad del testigo y su fiabilidad como tal (en la obra citada, página 121).

<sup>11</sup> En este orden de ideas “...se ha afirmado que es muy importante la soltura para hablar en lo que hace a la narración del testigo, el tono de su voz, la tranquilidad o el apasionamiento, lenguaje y firmeza del relato, la espontaneidad en las respuestas, miradas, mímica, etc. Si se presta atención, el razonamiento propuesto por dicha tesis es el siguiente. A partir de cierto gesto que haga el testigo en la audiencia — supongamos, cruzarse de brazos inmediatamente después de formularse una pregunta que verse sobre el hecho principal que se investiga— el juez puede deducir que la actitud del testigo es indicadora o reveladora de que está mintiendo, por ejemplo” (Alejandro Sahab en *La inmediación en la valoración probatoria: un análisis desde la psicología del testimonio*, Publicado en: LLC2019 (junio), 1. Cita Online: AR/DOC/1659/2019).

<sup>12</sup> Piedrabuena, Diego Hernán, *La intermediación: Una regla procesal menospreciada ¿Pueden los tribunales de alzada condenar a quien ha sido absuelto en primera instancia?*, publicado en Suplemento Penal 2015 (noviembre), 33 – LA LEY 2015-F, 2013. Cita Online: AR/DOC/3575/2015.

Muñoz Conde sostiene que es un hecho admitido que la esencia de la prueba testifical consiste en la inmediación<sup>13</sup>. La prueba testifical (tanto si es de cargo, como de descargo) requiere que el juez (o tribunal) examine con especial atención las características de la persona que declara y las circunstancias que permiten fijar su credibilidad. Esta es, sin duda, la prueba que más requiere de inmediación ante el juzgador, e incluso la contradicción entre los testigos, la posibilidad de careo, y de que estos sean interrogados por las partes, tanto acusadora, como defensora, etcétera, es precisamente lo que permite al juez valorar cuál de las versiones es más creíble<sup>14</sup>.

Por otro lado, se encuentra el derecho a interrogar a los testigos. En primer término, conviene aclarar que, el derecho constitucional a confrontar la prueba no exige necesariamente que la contradicción se produzca efectivamente, solo reclama que sea necesaria viabilizarla.

En tal sentido, el modelo de enjuiciamiento requiere de la existencia de un debate oral y público a través del contradictorio entre las partes, como presupuesto para que el tribunal de juicio adopte la decisión final. Esa instancia de confronte es la vía exigida por el legislador para que la parte acusadora tenga la posibilidad de demostrar la acusación y el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa en juicio en el marco de un debido proceso. Por lo que reviste naturaleza básica o primaria la posibilidad del acusado de controlar la prueba de cargo.

El axioma *nulla probatio sine defensione* es la transposición jurídica de la que identifica como la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante

---

<sup>13</sup> El autor manifiesta que: “*Por inmediación se entiende, pues, que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso (especialmente con los testigos). Su exigencia, como destaca la mayoría de los procesalistas, es, por consiguiente, especialmente importante en la práctica de la prueba, más todavía cuando está es testifical. Si no se cumple con esta exigencia antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria y, por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal*” (en *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3 edición, 2007, editorial Hammurabi, página 62).

<sup>14</sup> Muñoz Conde, Francisco, *obra citada*, página 61. Asimismo, cuando habla sobre el juicio oral, el autor expresa que si la convicción del tribunal, tanto para ordenar, como para absolver, se basa en la prueba testifical, más cuando como sucede en el caso, es la prueba única, el tribunal tiene que oír a los testigos y tener con ellos una relación visual inmediata. Sólo a partir de esta inmediación puede el tribunal apreciar en conciencia dicha prueba (en la *obra citada*, páginas 61/62).

instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y las contrapruebas correspondientes. La epistemología falsacionista que es la base de este método no permite juicios potestativos sino que requiere, como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado o ritualizado, entre partes contrapuestas<sup>15</sup>.

Sin lugar a dudas, el fundamento de la garantía de contradicción radica en el fin de poder contrastar la fiabilidad y credibilidad de las declaraciones testimoniales, pero su sentido no se agota en su función dirigida a la búsqueda de la verdad, sino que conforma un derecho específico de quien es acusado en un proceso penal que, vinculado a su derecho de defensa, le permite intervenir directamente en la conformación de la prueba y ser tomado, por ello, como sujeto y no meramente como objeto del proceso. Por tal razón, no creo que pueda sencillamente ser sustituida por otras formas de asegurar la fiabilidad de los testimonios sin conllevar a la vez una considerable merma del derecho a un proceso equitativo<sup>16</sup>.

A todo evento, no resulta ocioso destacar que, resulta desencaminada la tendencia, especialmente para supuestos de delitos graves en el proceso penal, a admitir pruebas producidas con sacrificio del principio de contradicción en nombre de la búsqueda de la verdad<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional español afirma que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio debe tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que dicta sentencia de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a

---

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, página 613.

<sup>16</sup> Alcácer Guirao, Rafael, *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*, en Revista para el análisis del derecho InDret, página 14. También el autor citado sostiene que, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha situado el derecho de contradicción – configurado como el derecho a “interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren contra él” (art. 6.3 d) - en un lugar preeminente de las garantías asociadas al derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) y afirma que, el debate contradictorio no sólo forma parte estructural del derecho de defensa del acusado, sino que también posee un notable valor epistemológico como instrumento para la búsqueda de la verdad, por lo que toda excepción a la garantía de contradicción supone reducir la certeza de la valoración probatoria (en la *obra citada*, página 3, nota 1).

<sup>17</sup> Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, página 87, nota 50.



tal fin por las partes<sup>18</sup>. En especial, lo que conlleva la necesidad de interrogar, en el juicio oral, al testigo directo, sin que se pueda condenar a nadie con la sola declaración de dicho testigo, que puede ser habido, efectuada en la instrucción o en otro procedimiento.

Como consecuencia de todo lo mencionado, considero que la declaración de un testigo anónimo, que depone en esa condición en un juicio oral, vulnera el principio de contradicción e inmediación. Ello es así, además de lo dicho, debido a que el examen respecto de la prueba representa una garantía esencial del derecho a un juicio justo y ha sido consagrado en instrumentos internacionales<sup>19</sup>.

Por ello, se debe conceder al imputado la oportunidad de examinar -en forma amplia- a los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa<sup>20</sup>. En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado como doctrina que toda prueba debe normalmente ser producida en una audiencia pública, en presencia del acusado y en vistas a la argumentación adversarial<sup>21</sup> y que como regla general, debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba e interrogar a un testigo de cargo, sea cuando hace su declaración, o en una etapa posterior<sup>22</sup>.

También, cabe recordar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha señalado, interpretando el apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 de Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que como aplicación del principio de igualdad de medios, esta garantía es importante para asegurar una defensa efectiva por los acusados y sus abogados y, en consecuencia, garantiza a los acusados las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer e interrogarlos y conainterrogarlos que las que tiene la acusación<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Confrontar STC 31/1981, G 28 de julio, entre otros.

<sup>19</sup> Verbigracia, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 14, inciso 3, letra e. en cuanto reconoce a toda persona acusada de delito el derecho de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo”.

<sup>20</sup> Tal razonamiento aclarativo fue adoptado por el TEDH en los casos, entre otros, “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España”, serie A, N° 146, párr. 78 sentencia del 6 de diciembre de 1988 y “Bonisch vs. Austria”, serie A, N° 92, párr. 32, sentencia del 6 de mayo de 1985.

<sup>21</sup> Confrontar casos: “Delta vs. Francia”, Serie A, vol. 191-A, párr. 36; “A.M. v. Italia”, Recueil 1999-IX, párr. 25; “Poitrimol vs. Francia”, Serie A, vol. 277-A, párr. 35.

<sup>22</sup> Confrontar casos: “Delta vs. Francia” cit., párr. 36 y “Saïdi vs. Francia”, Serie A, vol. 261-C, párr. 43.

<sup>23</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General n° 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 39. Asimismo, se afirma que, no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino solo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. También, se indica que dentro de estas

En el presente caso, la sentencia condenatoria se basa exclusivamente en la declaración incriminatoria del testigo protegido que es el hilo conductor de la pesquisa, el mismo se brinda ante la Guardia Civil, no en la sede de la instrucción y en el juicio oral declara en forma anónima por video conferencia –sin ser visualizado y con la voz distorsionada-. Así, la imposibilidad de interrogar a ese testigo en la etapa de investigación y en forma libre en el juicio oral priva a la defensa de toda posibilidad de criticar, no solo la fiabilidad del testigo, verbigracia, en cuanto a si tenía un interés en el pleito; sino también la realidad de lo que describe el testigo, ya que él es el único que se presenta en la causa y que supuestamente presencia el ocultamiento de las armas, así como también indica la apariencia física de los autores y el recorrido que efectúan del garaje a la zona próxima conocida como “Arcos Quebrados”.

Ese elemento de prueba determinante para emitir la sentencia condenatoria se trata de un testimonio que se recaba sin intermediación y respecto del cual la defensa no tiene ninguna posibilidad de ejercer el debido control correspondiente.

Como una conclusión parcial a partir de lo mencionado, considero que el anonimato del testigo vulnera el principio de contradicción e intermediación y, por lo tanto, no debe fundarse una sentencia condenatoria sobre la exclusiva base de una prueba obtenida en esos términos.

6) Acabo de mencionar que no se puede arribar a una condena penal sin que las partes, en especial la defensa, puedan examinar la prueba dirimente de cargo en un juicio oral. Pero vamos un poco más atrás.

Cuando se estipula en un proceso penal que una persona puede declarar como testigo: ora en forma simple, ora en forma protegida, etcétera; cobra relevancia el momento oportuno que resulta pertinente la confrontación de esa declaración, o sea, desde qué momento se puede examinar dicha prueba: desde el momento de la instrucción de la causa o desde la etapa del debate oral y público.

Aquí vuelve a cobrar relevancia el principio de contradicción que implica la directa participación del imputado al momento de la formación y de la valoración de la prueba. En efecto, para que el contradictorio se realice satisfactoriamente y para que el derecho de defensa no se vulnere, el imputado y su defensa deben participar

---

limitaciones y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 7, corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluadas por los tribunales.

activamente en la formación del material probatorio y, cuando se trate de pruebas producidas en instancias anteriores, que pueda realizar un adecuado control sobre ellas<sup>24</sup>. Asimismo, el contradictorio para la prueba implica la posibilidad para las partes de participar directamente en su creación. En la formación de la prueba testimonial, el contradictorio se manifiesta a través de la intervención que en dicho interrogatorio tienen las partes, tanto la acusación como el imputado. En este nivel, el contradictorio opera como la posibilidad para las partes de crear conjuntamente la prueba, con una participación reducida -o nula, según el diseño procesal que se trate- del juez, quien desempeñará un papel de observador de la actividad desplegada por aquellas<sup>25</sup>.

En efecto, si la contradicción opera en el procedimiento de formación de la prueba porque en este ámbito las partes pueden colaborar en la creación de pruebas aceptables, empleando sus conocimientos y sus facultades defensivas para evitar que se formen pruebas que no sean aptas para fundar una decisión sobre el hecho correcto<sup>26</sup>, dicha facultad debe ser ejercida desde el principio del procedimiento o desde que es individualizado el imputado<sup>27</sup>.

Ello, puesto que la contradicción en la formación de la prueba, en realidad, no tiene únicamente la función formal de completar la implementación de la garantía de la defensa, sino también, especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba que se forma<sup>28</sup>.

En este orden de ideas, el imputado, personalmente o a través de su defensa técnica, tiene derecho a controlar la prueba que, en definitiva, decide su suerte en la

---

<sup>24</sup> Guzmán, Nicolás, “*La verdad en el proceso penal. Una construcción a la epistemología jurídica*”. Editores Del Puerto. segunda edición actualizada y ampliada. 2011, página 155. Asimismo menciona que: “*El contradictorio se desarrolla como un juego dialéctico entre las partes, que se resume en la posibilidad para ellas de participar activamente en el momento de la formación de la prueba y en el momento de su valoración, interrogando y contrainterrogando a los testigos, cuestionando la fiabilidad y utilización de los elementos de prueba incorporados al debate (documentos, declaraciones recibidas en instrucción, etc.) y alegando finalmente respecto de todo el material probatorio recogido y de los grados de confirmación alcanzados por las diversas hipótesis presentadas en el juicio*”.

<sup>25</sup> Guzmán, Nicolás *obra citada*, páginas 156/157.

<sup>26</sup> Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, cuarta edición, 2011, página 430.

<sup>27</sup> Que se le dé la oportunidad a la defensa de controlar la prueba, por ejemplo, una que es recabada en forma ilegal, no quiere decir necesariamente que haga una advertencia sobre esa prueba prohibida. Ello debido a que, según su estrategia de defensa, podrá preferir que se arribe a juicio con esa sola prueba ilegal y tendrá grandes chances de que así sea declarada, lo que conllevaría a una sentencia liberatoria.

<sup>28</sup> Taruffo, Michele, *obra citada*, página 430.

causa. Y, en gran medida, podrá depender de los testimonios recabados en la instrucción<sup>29</sup>.

El derecho a contrainterrogar al testigo de cargo no puede ser limitado válidamente ante la posibilidad de repetir la prueba, porque, al interpretar armónicamente los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, se debe concluir que, en materia penal, el imputado y su defensa técnica tienen derecho a presentar y controvertir pruebas de cargo, lo cual implica el derecho a contrainterrogar directamente a los testigos de cargo en cualquier etapa del proceso, como sostiene la dogmática más autorizada<sup>30</sup>. Razón por la cual es vital para cualquier estrategia eficaz de defensa la posibilidad de controlar que el testimonio sea espontáneo, libre, voluntario, lo menos tendencioso posible, porque en muchas actas no se vuelca la literalidad de sus propias palabras y al excluir al defensor de la audiencia se impide controlar que las preguntas que se le formulen al testigo no sean indicativas o sugestivas<sup>31</sup>.

Si bien la verdadera prueba es la que se desarrolla en un debate oral y público, bajo la inmediación, contradicción, publicidad y oralidad<sup>32</sup> (o sea, los actos probatorios realizados por fuera del debate público no son idóneos para fundar una sentencia de condena); no lo es menos que, una correcta aplicación del derecho de defensa conlleva a poder examinar a los testigos en la instancia anterior al juicio oral.

---

<sup>29</sup> Cúneo Libarona, Cristián, *El control por la defensa de la prueba testimonial*, Publicado en: DJ2007-III, 458 - LA LEY 08/11/2007, 08/11/2007, 4 - LA LEY2007-F, 408. Cita Online: AR/DOC/2890/2007. Asimismo, el autor arguye que: “Por lo demás, es sabido que entre los derechos del acusado se encuentra el de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que importa encontrarse sometido a investigación en un proceso penal. La praxis judicial ha demostrado que la falta de participación de la defensa en las declaraciones de los testigos, en un número importante de casos, conlleva a una extensión innecesaria de la encuesta, aún sin arribar a la etapa plenaria”.

<sup>30</sup> Romero Villanueva, Horacio, J., *¿Por qué tan pocas garantías para el defensor respecto del control de la prueba testimonial en la etapa de instrucción en el Código Procesal Penal de la Nación?*, Publicado en RDP 2014-10, 03/10/2014, 2098. Cita Online: AR/DOC/5543/2014. Asimismo, dice que “...De lo contrario, la defensa técnica se convierte en un ‘convidado de piedra’ o ‘buzón de notificaciones’, dado que, al adoptarse las formulas legales rigurosa del derecho interno —como, por ejemplo, del art. 200 del CPPN — para la etapa preliminar de investigación, se desdibuja o cercena la esencia misma del juicio penal universalmente delineado por los instrumentos supranacionales. No basta, pues, con que la defensa sea ‘formal’, es decir, que se haga ‘presente’ en el procedimiento. Por el contrario, ese mero ‘estar’ debe dejar paso a una posición preactiva, combatiente, que le permita al imputado ‘resistir’ la prueba de la acusación, ya que —como dice Moreno Catena— la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión ‘(...) existente o meramente temida’. La importancia de una defensa “real” como mandato convencional implica la tarea de intentar evitar o resistir jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o so pretexto de su desarrollo, pueda afectar los derechos individuales del imputado, fuera de los casos y de los límites que la Constitución Nacional y/o los pactos internacionales de derecho humanos autorizan, siendo la mayor labor de toda asistencia técnica contradecir la imputación durante todo proceso”.

<sup>31</sup> Romero Villanueva, Horacio, J., *obra citada*.

<sup>32</sup> Me remito a la cita del Tribunal Constitucional español, ver nota 19.

El derecho de defensa, en especial la actividad probatoria por parte del imputado, debe ser ejercido desde el inicio mismo de la causa, esto incluye los actos preprocesales y los procesales propiamente dichos. Así su actuación lo será en un pie de igualdad respecto del órgano acusatorio en lo que a la producción y control de la prueba se refiere. En base a ello, por lógica consecuencia, el imputado debe tener acceso a las actuaciones desde el comienzo del sumario.

Cabe destacar que del principio adversarial y del derecho del imputado a controlar la prueba no se deduce que solamente pueda hacerse efectivo en la etapa de juicio oral, sino que en todo momento que el imputado considere prudente y oportuno controlar la verosimilitud del testimonio lo debe efectuar.

El sistema acusatorio se caracteriza por permitir el contralor de la prueba desde el inicio mismo del sumario, de modo de garantizar el debido proceso. Consecuencia directa de ello, es el derecho que le asiste al defensor de concurrir a las declaraciones testimoniales que se presten ante el juez de instrucción, pudiendo además interrogar a los testigos<sup>33</sup>.

Por otro lado, también, cobra relevancia la igualdad de armas como una garantía en virtud de la cual las partes dentro del proceso deben contar con idénticas oportunidades y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones. En efecto, la igualdad de armas es la búsqueda permanente por brindar al imputado un mejor posicionamiento durante el desarrollo del proceso penal, labor que exige la mayor habilitación posible en el ejercicio de sus armas (verbigracia: derecho de defensa, posibilidad de refutar o contradecir las hipótesis acusatorias, posibilidad de postular y probar hipótesis propias, etcétera). Y, en definitiva, una interpretación teleológica del principio de igualdad de armas impone que la proyección de los derechos del imputado comprendidos en este sean garantizados lo más tempranamente posible, para permitir al imputado la intervención y participación en la construcción de los resultados de la investigación preliminar<sup>34</sup>.

A riesgo de ser reiterativo, todo lo expuesto acredita el derecho que se reconoce al imputado para proponer los medios probatorios encaminados a desvirtuar los ya

---

<sup>33</sup> Como expuse tal facultad ha sido consagrada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.e).

<sup>34</sup> Díaz, Ernesto Matías y Perel, Martín, *El principio de 'igualdad de armas' y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado*, Cita: elDial.com - DC1590. Publicado el 19/04/2011.

producidos, el que mal puede ejercerse, respecto de la testimonial, si aquel ignora por completo los datos que individualizan, con la debida precisión, a la persona que la presta, impidiéndole, a través del conainterrogatorio, tomar conocimiento de los múltiples factores que gravitan en la credibilidad de la declaración, como son, entre otros, las aptitudes sensoriales del testigo, sus condiciones físicas y psíquicas, las circunstancias que rodearon la percepción del hecho o hechos, así como si el testigo tiene interés, por cualquier motivo, en la forma en que se resuelva la causa<sup>35</sup>.

Considero que las observaciones vinculadas a la idoneidad del testigo (aún protegido) son inoportunas si recién se efectúa en el juicio oral y público. Al contrario, debería poder confrontarse desde el primer momento de la pesquisa. Nótese que, en la resolución que se comenta, dicho testimonio resulta ser el puntal de la plataforma fáctica de la causa debatida en el debate oral y público. En ese contexto, su declaración logra convencer a distintas instancias que la situación se da de determinada forma y no de otra. Así, la interpretación que definiendo le otorga a la parte acusatoria un margen de maniobra para buscar otros testigos o medios probatorios que cimente la acusación.

En definitiva, la postura que sostengo es la que mejor concilia el derecho de defensa y el debido proceso y no hace incurrir en demoras innecesarias al órgano jurisdiccional. Ello, debido a que una cuestión es poder advertir que la prueba está mal producida en la instrucción y otra muy distinta es advertirla –tarde y sin margen de maniobra- en un juicio oral y público<sup>36</sup>.

En consecuencia, este es uno de los casos en que el ejercicio de esa facultad recién en la etapa del debate pone en evidencia situaciones o circunstancias que, de haber sido conocidas antes, hubieran determinado una más pronta y eficaz administración de justicia.

Por lo que resta, la situación que se propugna, lejos de atentar contra la libertad de declarar por parte del testigo, la reafirma. Puesto que, si hay alguna situación de temor por parte del testigo en declarar, ello puede ser fundamento de una prisión preventiva para el imputado, como medida cautelar, hasta que el testigo deponga, que puede ir

---

<sup>35</sup> L. E. P., *El testigo de identidad reservada y las garantías constitucionales*, Publicado en Suplemento Penal 2004 (septiembre), 27 - LA LEY2004-F, 27. Cita Online: AR/DOC/2188/2004. Además, menciona que: “...Es obvio que tales obstáculos, aun cuando vayan acompañados de elementos distorsionadores de voces u otros mecanismos análogos conspiran fatalmente contra el principio de contradicción, así como con la posibilidad de evaluar, oportunamente, el mérito de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional”.

<sup>36</sup> Ello, más allá de la debida fundamentación de la resolución para que un testigo declare en forma protegida.

acompañada de otra diligencia de protección del testigo, por ejemplo: de custodia personal o domiciliaria, alojamiento transitorio en lugares reservados, etcétera. Pero de ningún modo se puede cercenar el derecho de la defensa a que controle el testimonio y no tenga la posibilidad de colaborar en la creación y formación de la prueba.

7) A mayor abundancia y sin perjuicio de todo lo dicho, la Sala de lo Penal fue cauta al solo anular la condena por ausencia de fundamentación del auto que dispone la protección del testigo que declara en el juicio oral. Ya que con los elementos que tenía a su disposición, se debía pronunciar sobre el fondo –tal como lo sostenían las defensas– de la cuestión e invalidar las actuaciones por vulnerarse los derechos fundamentales de los imputados.

Más allá de lo expuesto, sin embargo, considero que el Estado debe tener una sola chance para enjuiciar al ciudadano, no puede recaer sobre este las consecuencias producidas por su fracaso y efectuar repetidos intentos para lograr su condena. Intentos que no sé cuántos son, lo que echa por tierra el principio *fair trial*.

8) Para concluir, el terrorismo es un flagelo que debe ser combatido y sancionado como corresponde sin prescindir, en un proceso penal, de las debidas garantías constitucionales.

En especial, el uso como prueba de la declaración de un testigo anónimo o protegido (cuando la defensa desconoce la identidad del testigo) es contrario al derecho del acusado a examinar en forma amplia la testimonial. Puesto que, al ocultarse la verdadera identidad del testigo, el acusado y su defensa se ven privados de información necesaria para rebatir la credibilidad y fiabilidad de dicho declarante y de las pruebas que él pudiera presentar.

Además, que, sin perjuicio de lo expuesto, su control no solamente debe ejercerse en la etapa del debate oral sino también se debe extender a la etapa de instrucción de la causa.

Y de ningún modo se puede limitar el derecho a controlar la prueba bajo el manido pretexto de la posibilidad de ‘repetir esa prueba’ en otra instancia, puesto que los imputados (y su defensa) tienen el derecho de participar activamente en la formación de la prueba desde el primer momento que son sindicados como partícipes de un hecho delictivo.

Para finalizar, el mantener la reserva de identidad del testigo durante todo el procedimiento vulnera derechos fundamentales, como el derecho de defensa en juicio,

pero también controvierte, en especial, los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

Por último, a pesar de todo lo dicho, en este momento de flexibilización de las garantías de los imputados es muy bienvenida la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español que invalida una condena sin que la defensa pudiera controlar al testigo protegido.