

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DEL TESTIGO ANÓNIMO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Guillermo Astudillo Meza

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la norma y medidas de protección. III. El derecho de defensa y el derecho a interrogar testigos. IV. Variabilidad de las medidas de protección. V. El testigo anónimo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A. Caso Kostovski vs. Holanda. B. Caso Windisch vs. Austria. C. Caso Lüdi vs. Suiza. D. Caso Doorson vs. Holanda. VI. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La prueba en el proceso penal es una actividad procesal que realizan las partes y, cuando la ley lo autoriza, el juzgador. Tiene por finalidad esencial acreditar los hechos que cada uno de los litigantes afirma, desde sus distintas posiciones, para convencer sobre la veracidad de tales afirmaciones. Por lo tanto, la mera intuición, como forma de conocer y formarse una determinada convicción, debe ser rechazada por todo juez al servicio de un Estado social y democrático de derecho.

En tal sentido, la sentencia final será favorable para la parte —acusación o defensa— que haya conseguido probar los hechos que sustentan su posición en el proceso penal. El juez debe declarar como «hechos probados» cada uno de los puntos controvertidos que hayan sido debatidos y discutidos en el plenario judicial a través de la actividad probatoria promovida por las partes.

En lo que aquí interesa, conviene plantear dos particularidades de especial interés respecto a la prueba. Por un lado, la exigencia del principio acusatorio y el mayor rigor garantista del CPP de 2004 impiden que el juez busque las pruebas, de manera que no debe ordenar de oficio ninguna diligencia que apunte a confirmar o contradecir lo afirmado por alguna de las parte¹. Desde esa perspectiva, queda claro que el juez no puede asumir un rol activo, pues de lo contrario estaría asumiendo una función que le corresponde por mandato constitucional única y exclusivamente al Ministerio Público². Esto se debe a que nuestra tradición constitucional se basa en el principio de separación de poderes, en cuya virtud el órgano jurisdiccional tiene la exclusividad de la jurisdicción y, por tanto, el juez está impedido de reemplazar a cualquiera de las partes en el proceso penal³.

1 Salvo la excepción muy limitada que establece el artículo 373 del CPP.

2 En la ejecutoria suprema recaída en el RQ 1678-2006-Lima se indica expresamente que: «Que, en cuanto al principio acusatorio, es evidente —según doctrina procesalista consolidada— que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal [...]; que, entre las notas esenciales de dicho principio, en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal —que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción, que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el fiscal—, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos; y, en segundo lugar, que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía» (fundamento jurídico 4).

3 Al respecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido, en la ejecutoria recaída en el recurso de nulidad 2794-2009, que: «[...] el Órgano Jurisdiccional no puede ni debe subsidiar a cualquiera de las partes en un proceso penal, ello afectaría gravemente el derecho al juez imparcial; si bien es cierto que este proceso contiene una serie de omisiones, también es cierto que las mismas se deben al incumplimiento de los deberes que les impone a los fiscales y a los procuradores, sus respectivos sistemas normativos. De lo expuesto se infiere que el Poder Judicial no puede ni

Por otro lado, los hechos que necesitan ser probados son todos aquellos que tienen que ver con el hecho punible que se imputa al procesado. Corresponde al Ministerio Público probar todas y cada una de las circunstancias fácticas que configuran el delito; en caso contrario, la sentencia será absolutoria.

De lo que se trata en el proceso penal es intentar de reconstruir un hecho sucedido en el pasado a través de la actividad probatoria. Ahora bien, este hecho nunca podrá ser reconstruido exactamente tal como sucedió. De allí que el moderno derecho procesal haya abandonado la vieja idea de buscar la verdad material, pues tal verdad nunca es absoluta y, por fortuna, en el artículo 24.2.h de la Constitución⁴, se ha sancionado la práctica de la tortura como instrumento repugnante para conseguir la verdad⁵. Verdad que precisamente el tormento hacía muy falible; pues, como parece lógico, ella siempre sería la que el torturador quería que fuese. En un Estado de derecho, la confesión no debe ser considerada la reina de las pruebas, pues no cabe duda que quien confiesa puede mentir. Se debe exigir entonces que dicha confesión sea respaldada en otros medios de prueba.

Entre estos otros medios de prueba permitidos en el proceso penal, destaca la prueba de testigos o también llamada «prueba testimonial». Según el artículo 166 del CPP, la declaración del testigo versa sobre lo que este ha percibido en relación con los hechos que son objeto de prueba. En nuestro sistema procesal, el testigo debe acudir a prestar su testimonio cada vez que sea citado por un juez y, además, de decir la verdad bajo sanción de ser acusado por el delito de falso testimonio. No obstante, debido a una serie de factores, los testigos no siempre suelen acudir a las citaciones. Y es que en muchas ocasiones la administración de justicia no tiene con ellos el cuidado y el respeto con que se debe tratar a un colaborador de la justicia: no se les recibe a la hora, ni se les ofrecen espacios para una espera cómoda; tampoco se les explica la causa de no atenderles ni la necesidad de tener que volver a citarlos.

debe actuar como procuraduría ni como fiscalía; las partes han tenido suficientes oportunidades para ofrecer los medios probatorios y subsanar omisiones; sino lo hicieron valer, los jueces no pueden asumir esas obligaciones porque afectaría gravemente el principio de separación de poderes».

4 «[...] Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia [...]».

5 A decir de Ferrajoli, las sentencias —y no solo las penales— consisten en comprobaciones de violaciones a la ley. Por ello, exigen una motivación fundada sobre los argumentos cognoscitivos de hecho y reconocitivos de derecho, de cuya aceptación como «verdaderos» depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia o legitimación política. En definitiva, continúa, la adquisición de la verdad en el proceso penal constituye el presupuesto de una decisión de condena o de absolución, que incide sobre las libertades fundamentales de la persona juzgada (Guzmán [b], 2006, pp. 1 y ss.).

Si a estas dificultades propias de la administración de justicia de nuestro país se suma el hecho que eventualmente el acusado y las organizaciones criminales a las que pertenecen buscan atemorizar a los testigos mediante amenazas y coacciones para impedir que comparezcan ante los jueces o para que cambien el sentido de sus declaraciones ante el temor de sufrir represalias, es razonable que se prevea en la ley que debe brindárseles la protección necesaria.

En distintas normas⁶ de nuestro ordenamiento jurídico, se regula un sistema de protección de testigos. La principal base legal es la ley 27378 —ley de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada—, en cuyo artículo 22 prevé la posibilidad de que el fiscal o el juez, dependiendo del grado de riesgo o peligro para el testigo, ordene la reserva de su identidad, la ocultación de su domicilio y lugar de trabajo, además de que le brinde protección policial para salvaguardar su integridad mientras dure el proceso. Una disposición similar se encuentra en el decreto legislativo 824 —ley de lucha contra el narcotráfico—, en cuyo artículo 20 premia con un beneficio penitenciario a quien, habiendo participado en el delito de tráfico ilícito de drogas, proporcione información que permita identificar a los dirigentes y cabecillas del narcotráfico o el decomiso de drogas, insumos químicos fiscalizados, dinero y cualquier otro medio utilizados en la obtención de droga. Este tipo de normas tienen la finalidad de garantizar que los testigos puedan declarar con plena libertad; es decir, sin verse sometidos a ningún tipo de presión o amenaza como consecuencia de su intervención en el proceso.

Sin embargo, la posibilidad de que el testigo declare con la reserva de su identidad durante el enjuiciamiento afecta y restringe notablemente el derecho de defensa debido a que no se conoce la identidad de quien formula cargos incriminadores en contra del acusado. El desconocimiento de quien es el testigo impide a la defensa comprobar si la versión de este se funda en el odio, la venganza o el resentimiento hacia el acusado. Por lo tanto, la única manera de medir la fiabilidad del testigo y ejercer plenamente el derecho a la defensa es si, y solo si, se conoce de antemano la identidad del testigo; pues solo de esa manera la persona acusada, a través de su abogado defensor, podrá ejercer el derecho a interrogarlo, basado en el derecho de contradicción que le asiste y reconocido en la Convención

6 El decreto legislativo 815 también establece determinadas medidas de protección para la persona que se acogiera a los beneficios establecidos en dicha disposición legal, proporcionando información oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario. Entre esos beneficios se encuentra la reserva de la identidad del denunciante.

Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁷ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁸.

En la doctrina, a los testigos que declaran en el proceso penal con reserva de su identidad se les suele denominar «testigos anónimos»⁹ y se admite, generalmente, que por impedir la contradicción vulnerarían el CADH y el PIDCP. En algunas legislaciones, como la española, se permite el anonimato del testigo hasta antes del inicio del juicio oral; por lo que, en ese caso, el tribunal tiene el deber de revelar la identidad del testigo para garantizar el derecho de defensa¹⁰.

Esta cuestión no ha sido claramente definida por nuestra dogmática procesal penal ni por nuestros tribunales de justicia, en la medida en que no es claro si existe un límite temporal para mantener el anonimato del testigo o si, por el contrario, la medida de protección mencionada puede ser variada de cara a garantizar el derecho de defensa del imputado. Esta posibilidad solo está abierta en el caso de la ley 27378; ya que, en el caso del decreto legislativo 824 —que también permite la declaración de un testigo anónimo—, no se permite la variación de la medida de protección.

7 Artículo 8: «2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) 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».

8 Artículo 14 : «[...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo».

9 Ver López Barja de Quiroga, 2012, p. 1962; Del Carpio Delgado, 2007, p. 25; Zafra Espinoza de los Monteros, 2009, p. 17.

10 Ver ley 19/1994-N de protección de testigos y peritos :

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.
2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.
3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

El objeto del presente trabajo es analizar, en el marco de la ley 27378, si las declaraciones prestadas por testigos anónimos se adecúan a los estándares internacionales del debido proceso. Para esto, estudiaremos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; ya que ha sido principalmente esta alta corte de justicia la que ha dictado los más importantes fallos sobre protección de testigos.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Según el artículo 21 de la ley 27378, las medidas de protección son aplicables a quienes, en calidad de colaboradores, testigos, peritos o víctimas, intervengan en los procesos penales materia de esta ley y relacionados con los delitos que se comenten en el contexto del crimen organizado. El artículo 1 establece que se aplican a los siguientes delitos:

1. Perpetrados por una o varias personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.
2. Contra la libertad personal, previstos en los artículos 153 y 153-A del CP; de peligro común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del CP; contra la administración pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo, del CP; y, delitos agravados previstos en la ley 27472 (ley que deroga los decreto legislativo 896 y 897).
3. Contra la humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Libro Segundo, del CP; y contra el Estado y la defensa nacional previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo, del CP.
4. De terrorismo, previsto en el decreto legislativo 25475, sobre penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, sus modificatorias y normas conexas; de apología de los delitos señalados en el artículo 316 del CP; y de lavado de activo, previsto en la ley 27765, ley penal contra el lavado de activos. También se comprende a quien haya participado en la comisión de otros delitos distintos de los antes mencionados y se presente al Ministerio Público, colabore activamente con la autoridad pública y proporcione información eficaz sobre los delitos mencionados anteriormente.
5. Delitos aduaneros, previstos y penados en la ley penal especial respectiva.

6. De tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo, del CP, siempre que dicho delito se cometa por una pluralidad de personas.
7. Otros cuando el agente integre una organización criminal.

La ley 27378 prevé una serie de medidas de protección que no afectan el normal desarrollo del proceso penal. Se trata de medidas que apuntan a garantizar la seguridad del testigo, tales como protección policial, traslado en vehículos oficiales para las diligencias, reserva de su identidad, ocultación de su domicilio y lugar de trabajo, etc.

Todas las medidas que se dictan en favor del testigo no entorpecen el desarrollo del proceso penal ni afectan el desempeño de las partes; pues la aplicación de estas son siempre extraprocesales y en ellas no existe la intromisión en los derechos procesales del imputado.

III. EL DERECHO DE DEFENSA Y EL DERECHO A INTERROGAR TESTIGOS

Como lo sostiene Moreno Catena¹¹, el derecho de defensa comprende una serie de derechos instrumentales que atribuyen a la persona que se ve sometida a un proceso —y muy especialmente a un proceso penal—, posibilidades de reacción frente a la agresión que la acusación ha introducido en el proceso, interviniendo en él de tal manera que la condena solo pueda sobrevenir de una confrontación real de las dos partes procesales, respetando la igualdad entre ellas.

Uno de esos derechos es precisamente el derecho a la prueba, el mismo que, a decir de nuestro Tribunal Constitucional consiste «en el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia»¹².

Ahora bien, el derecho a la prueba no podría alcanzar su total eficacia si no se le concede al imputado el derecho a intervenir en la prueba de la acusación o, lo que es lo mismo, el derecho a discutir la fiabilidad y veracidad de las pruebas de cargo. Al respecto, en el artículo 8.2.f de la CADH y en el artículo 14.3.d del PIDCP, se reconoce al acusado el derecho de interrogar a los testigos de cargo y de descargo.

¹¹ Moreno Catena, 1999, p. 65.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el expediente 06712-2005-HC (fundamento jurídico 15).

Así, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que el artículo 13 del decreto legislativo 24575 restringía a los abogados defensores el derecho de interrogar a los testigos debido a que la norma prohibía el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que habían participado en las diligencias de investigación¹³.

De esta manera, la corte reconoció que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar a los testigos de cargo y de descargo, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La corte estimó entonces que la imposición de restricciones a los abogados defensores vulneraba el derecho, reconocido por la CADH, de la defensa de interrogar testigos.

Este criterio no fue del todo compartido por el Tribunal Constitucional cuando tuvo que pronunciarse respecto a la validez del mencionado precepto normativo, que ya había sido denunciado por la CIDH en el caso Castillo Petruzzi. En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 010-2002-AI/TC, este consideró que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada era razonable ya que, entre otros motivos, atendía a la necesidad de proteger la vida y la integridad física de las personas que habían intervenido en la investigación policial. Asimismo, el Tribunal Constitucional advirtió que, para que un tribunal condene válidamente a un inculpado como autor de un delito determinado, al amparo de dicha limitación, era necesario que las pruebas ofrecidas por un testigo, que no podía ser interrogado, sean corroboradas con otros medios de prueba¹⁴.

Al parecer, en este caso el Tribunal Constitucional opta por ponderar dos factores en conflicto: por un lado, la potestad del Estado de ejercer el *ius puniendi*, que se realiza a través del proceso penal; y, por otro, garantizar el derecho de defensa del acusado. Es claro que la persecución del delito no es un derecho fundamental, sino más bien un deber del Estado de garantizar la seguridad pública de los ciudadanos. Obligación que el Estado debe cumplir con los medios que la Constitución y las leyes otorgan a los poderes públicos, pero respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este caso, el Tribunal Constitucional admite que el derecho fundamental a la defensa no es absoluto y que, por tanto, puede ser limitado en determinados

13 Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, del 30 de mayo de 1999. La CIDH también ha determinado que se vulneraron el derecho al interrogatorio de los testigos en los siguientes casos, a saber: caso Cantoral Benavides vs. Perú (sentencia de la CIDH del 18 de agosto de 2000); caso Lori Berenson Mejía vs. Perú (sentencia de la CIDH del 25 de noviembre de 2004); caso Garcá Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (sentencia de la CIDH del 25 de noviembre de 2005).

14 Este criterio lo ha mantenido el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 1808-2003-HC/TC y 003-2005-PI/TC.

casos. Por lo que se inclina a favor de mantener el anonimato de los agentes de seguridad de la policía y del ejército, debido a que es necesario proteger la vida e integridad de los miembros de los agentes de seguridad y de sus familiares¹⁵. En todo caso, el Tribunal Constitucional sostiene que es necesario que la declaración de un testigo anónimo sea corroborada con otros medios de prueba.

Sin embargo, la justicia ordinaria no ha seguido necesariamente los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional para fundamentar algunas condenas sobre la base únicamente de testigos protegidos. En un caso inédito, la defensa de uno de los acusados alegó que este tenía el derecho de que se le presuma inocente por un delito de terrorismo, alegando que dos testigos habían declarado en la etapa de instrucción con clave secreta que, al amparo de la ley 25475¹⁶ analizado por el Tribunal Constitucional, no habían sido interrogados por la defensa en el enjuiciamiento y, por último, que se habían retractado de su inicial sindicación en el curso del juicio oral. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó la condena alegando que las declaraciones preliminares eran suficientes para enervar la presunción de inocencia, ya que las declaraciones de los arrepentidos habían cumplido las formalidades previstas en la ley:

[...] que si bien en sede de instrucción y del juicio oral las retractaciones se han producido por parte de imputados y testigos vinculados a la organización terrorista, las diligencias de pruebas antes mencionadas —cuyo mérito superior para generar convicción estriba no solo en su legalidad sino en su contenido explicativo y coherente con las diligencias de averiguación policiales— son suficientes para enervar la presunción constitucional de inocencia; que es de precisar que el artículo ocho del decreto legislativo novecientos veintidós, sin perjuicio del derecho de contradicción materia del nuevo proceso —que se ha producido ampliamente en el acto oral— otorga la condición de acto de prueba a las actas de las declaraciones de los arrepentidos verificadas con arreglo a la ley que en su día rigió esa institución procesal, a los actos de constatación de documentados insertos en el atestado policial, y a las manifestaciones prestadas con arreglo a los artículos sesenta y uno y setenta y dos del Código de Procedimientos Penales; que las declaraciones de los arrepentidos han cumplido las exigencias de la ley de la materia —véase el cuaderno de arrepentimiento que se acompaña como anexo— y las manifestaciones policiales han contado

15 Ver sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 010-2002-AI/TC (fundamento jurídico 152).

16 Ver artículo 13 de la ley 25475: «En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial».

con la participación del abogado defensor y de un fiscal; que si bien intervino un fiscal militar no identificado, tal situación se produjo por expresa autorización de norma con rango legal de la época, situación que descarta una conducta maliciosa o ilegal de ese funcionario castrense, y que lo que la ley exige es que el acto prejudicial cuente con la intervención de un funcionario jurídico ajeno al sector policial, lo que fue cumplido en el sublite¹⁷.

La Corte Suprema, en el presente caso, confirma la condena de dos acusados de terrorismo sin tener en cuenta que los testigos anónimos cambiaron de versión en el juicio oral; por lo que a la Sala Penal no le quedó otra alternativa que condenarlos sobre la base de las declaraciones preliminares que los testigos anónimos brindaron a las autoridades. Más allá de que el tribunal, en el presente caso, otorgue la condición de acto de prueba a las actas de las declaraciones de los arrepentidos (testigos anónimos), resulta cuestionable que la declaración oral sea sustituida en el juicio oral por la lectura de las declaraciones escritas. Más aún si se tiene en cuenta que en estas declaraciones escritas participó un fiscal militar sin rostro y porque además el abogado defensor no pudo interrogar a los testigos en las diligencias preliminares.

IV. VARIABILIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Como hemos indicado, en nuestra dogmática procesal son escasos los comentarios al artículo 24 de la ley 27378 y, por lo demás, los tribunales también han mantenido criterios interpretativos incompatibles con el texto de la norma.

El aspecto más controvertido de la norma tiene que ver con la posibilidad de variar la medida de protección del testigo relacionada con la reserva de su identidad o si más bien cabe mantener su reserva una vez iniciado el enjuiciamiento. En lo que aquí interesa, el mencionado artículo señala que:

El órgano judicial competente para el juicio se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los colaboradores, víctimas, testigos y peritos adoptadas por el fiscal o el juez penal durante la etapa de instrucción, así como si proceden otras nuevas. Si cualquiera de las partes solicitase motivadamente, antes del inicio del juicio oral, el conocimiento de la identidad de los colaboradores, víctimas, testigos o peritos protegidos, cuya declaración o informe sea estimada pertinente, el órgano jurisdiccional en el mismo auto que

17 Ver ejecutoria suprema, RN 370-2005, del 11 de mayo de 2005. Intervinieron como vocales: Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordoñez.

declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en este capítulo.

Al respecto, en uno de los casos más mediáticos de los últimos años, se procesó y juzgó a dos acusados —miembros de una «barra brava»— quienes, minutos después de finalizar un partido de fútbol llevado a cabo en la ciudad de Lima, asesinaron a un hinchado del equipo contrario arrojándolo desde uno de los palcos del estadio Monumental. En el proceso penal, por obvias razones de seguridad, los espectadores que presenciaron ese hecho solicitaron acogerse a la ley 27378 para declarar en el proceso como testigos anónimos.

Posteriormente y poco antes del inicio del juicio oral, los abogados de la defensa solicitaron al tribunal que se les revelara los nombres y apellidos de los testigos anónimos conforme lo autorizaba la citada ley. Sin embargo, la Sala Penal Superior de Lima¹⁸ rechazó el pedido de la defensa argumentando lo siguiente:

CUARTO: Que, las Convenciones y Tratados sobre Derechos Humanos obligan al Estado a garantizar el derecho de defensa al imputado, lo cual implica que pueda ejercer un control sobre las pruebas a presentar en su contra, a fin de tener un juicio justo en el que su derecho a la defensa sea ejercido plenamente, con derecho incluso a preguntar a los testigos; también debe garantizar la protección de la integridad personal (física, psíquica y moral) de los testigos que pueda verse amenazada al brindar su testimonio, sin exponerse a situaciones de riesgo encontrándose en situaciones vulnerables, teniendo en cuenta la relevancia de la información que podrían aportar al proceso; aquí el Colegio estima que la norma procedimental prevé las dos cosas y corresponde ponderar entre ambas la más asertiva que no afecte el debido proceso del derecho de defensa y la integridad física de los testigos, dando publicidad y garantizando que estos medios probatorios sean actuados y valorados oportunamente; bajo dicho criterio, se tiene en cuenta presente conforme sostiene César San Martín Castro «... la función del Juez penal se limita a los actos de comprobación de la tacha, es decir desarrollar una actividad de averiguación en orden a los fundamentos de la tacha, la cual por lo demás no impide que se lleve a cabo la testimonial...»; y que toda prueba aportada por las partes en el proceso deberán ser contrastados con otros elementos de prueba, que determinen su veracidad en el contradictorio y serán apreciadas por el Juzgador con el criterio de conciencia que se consagra en nuestro ordenamiento constitucional; que en el presente caso respetando el principio de inmediatez los testigos codificados deberán concurrir

18 Ver resolución 1681 del 27 de septiembre de 2013, dictada por la Segunda Sala Penal Superior de Lima, expediente 1555-2011.

al contradictorio con reserva de su identidad a fin de garantizar su seguridad y poder ser interrogados también por la defensa del imputado sobre hechos que les constan del evento delictuoso y poder realizar una valoración sobre sus testimonios, brindando así la oportunidad a la defensa para repreguntar al testigo; QUINTO: Que, siendo así se debe respetar las garantías otorgadas en las disposiciones fiscales dándose cumplimiento a la Ley N. 27378-N que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada», modificada por la Ley N. 29542, Decreto Supremo N. 020-2001-JUS, habiéndose brindado dicha protección en base a preservar la integridad física y moral de los testigos ofrecidos por el Ministerio Público estando a las características en que se desarrolló el evento delictuoso, considerándose importantes sus declaraciones para el esclarecimiento de lo ocurrido, debiéndose por ello mantener las medidas de protección de los testigos, hasta el término de la etapa de juzgamiento, correspondiendo a dicha institución —quien propone dicha prueba— mantener las medidas de protección previstas en la ley, tanto más si tiene la carga de la prueba».

Si bien resulta claro que el criterio de la Sala Penal fue el garantizar la seguridad de los testigos al amparo de la mencionada ley, no parece que haya tenido en cuenta que la disposición legal establecida en el artículo 22 establece un procedimiento para la variación de las medidas de protección —entre ellas, la revelación de la «identidad» del testigo—, lo que en este caso no fue cumplido en por la Sala Penal Superior pese a la claridad de la norma.

En efecto, la norma establece la posibilidad de «mantener», «modificar» o «suprimir» algunas de las medidas de protección impuestas a los testigos, incluida la reserva de su identidad. Por tanto, corresponde al juez, llegado el momento oportuno, decidir sobre la razonabilidad de mantener la medida de reserva de la identidad. Es preciso resaltar que la norma establece que la parte que solicite el conocimiento de la identidad del testigo debe motivar debidamente su pedido y establecer que el órgano jurisdiccional, en el mismo auto que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos protegidos respetando las restantes garantías reconocidas en la ley.

Es claro que la norma en mención no establece una facultad discrecional para que el tribunal mantenga la reserva de la identidad del testigo durante la etapa del enjuiciamiento —como parece entenderlo la Sala Penal Superior en el caso analizado—, sino más bien impone el deber de revelar la identidad del testigo. El único límite formal que establece la ley es la obligación, como ya lo hemos dicho, de la parte solicitante de motivar su pedido, por lo que —una vez cumplida dicha formalidad— el tribunal *deberá* facilitar el nombre y los apellidos de los testigos protegidos. Es preciso indicar que la norma dispone que el hecho de revelar la

identidad del testigo anónimo no implica necesariamente que se le retiren las otras medidas de protección en su favor.

Cabe precisar que el decreto legislativo 824 —ley de lucha contra el narcotráfico— no prevé la posibilidad de que las partes accedan a conocer la identidad del testigo, de manera que en la actualidad la persona —que interviene en estos casos como testigos del Ministerio Público— declara en la etapa de instrucción y en la etapa de enjuiciamiento con la reserva de su identidad, es decir, como testigos anónimos.

V. EL TESTIGO ANÓNIMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 6.3.d del CEDH establece: «Todo acusado tiene, como mínimo derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él».

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «un juicio justo» implica que el acusado ha ejercitado su derecho a interrogar a los testigos. Esto supone que la defensa conozca la identidad de la persona que declara en contra del acusado. No obstante, esta regla no es absoluta porque en algunos supuestos, si bien excepcionales, se admite el testimonio anónimo siempre y cuando se cumplan determinados principios, los mismos que han ido fijados en sucesivas sentencias; por ejemplo, el que el proceso ofrezca suficientes mecanismos para compensar a la defensa el desconocimiento de la identidad del testigo o que el acusado no sea condenado solo sobre la base de la declaración de un testimonio anónimo.

A. Caso Kostovski vs. Holanda

En el caso Kostovski¹⁹, mediante sentencia de fecha 20 de noviembre de 1989, el TEDH estimó que se había violado el apartado 3, en relación con el 1, del artículo 6 del CEDH, porque los tribunales holandeses fundamentaron la condena de Kostovski, ciudadano yugoslavo, sobre la base de declaraciones de testigos anónimos a los que la defensa no pudo interrogar ni menos contradecir porque no comparecieron en el juicio oral.

Pese a que la legislación holandesa, vigente en ese entonces, no admitía expresamente las declaraciones de los testigos anónimos, el Tribunal de Casación holandés entendió, como ya lo había hecho en otras ocasiones, que con el incremento

19 Ver caso Kostovski vs. Holanda, sentencia del TEDH, del 20 de noviembre de 1989 (TEDH 1989\21).

de la delincuencia violenta y organizada era necesario proteger a los testigos, manteniendo oculta su identidad ante el fundado temor de represalias.

El argumento del «fundado temor» no convenció a los miembros del TEDH, quienes consideraron que, a pesar que el incremento de la delincuencia organizada exigía que se tomen medidas adecuadas, el gobierno holandés concedía poca importancia a lo que el abogado de Kostovsky llamaba «interés de todo ciudadano en una sociedad civilizada, en contar con un procedimiento judicial controlable y equitativo». Afirmó que, en una sociedad democrática:

[...] el derecho a una buena administración de justicia ocupa un lugar tan destacado que no se puede sacrificar a la mera conveniencia. El convenio no impide apoyarse en la fase de instrucción, en fuentes como los informantes anónimos; pero el uso posterior de estas declaraciones, como pruebas suficientes para justificar una condena, suscita un problema diferente. En este caso, llevó a limitar los derechos de la defensa de manera incompatible con las garantías del artículo. De hecho, el gobierno reconoce que la condena del demandante se fundó «en forma decisiva» en las declaraciones anónimas.

Según el tribunal, el que los testigos no comparecieran en el juicio oral no solo imposibilitó que el acusado tuviera la oportunidad de interrogar a los testigos que habían declarado anteriormente en su contra, sino que además impidió a los jueces competentes para sentenciar, observar su comportamiento durante el interrogatorio y, por tanto, formar su convicción sobre la credibilidad que merecían; por lo que consideraron que el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales no compensaron los obstáculos con que se encontró la defensa.

Respecto al anonimato de los testigos, el tribunal declaró que:

[...] si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, el tribunal determinó que los derechos de la defensa sufrieron tales limitaciones, que no podía decirse que Kostovski tuvo un proceso justo.

B. Caso Windisch vs. Austria

En la sentencia del 27 de septiembre de 1990, el TEDH, al igual que el caso anterior, estimó la violación del párrafo 3 en relación con el 1 del artículo 6 del CEDH porque los tribunales austriacos basaron la condena de Windisch²⁰ en la declaración de dos testigos anónimos que declararon solo ante la policía.

Estos dos testigos sindicaron al acusado en una diligencia en rueda de reconocimiento, en la que se le permitió a este tener un pañuelo en la cara, como uno de los autores de un delito de robo con fuerza en las cosas. Posteriormente, en el curso de la investigación de los hechos, los dos testigos anónimos solo pudieron comparecer ante la policía, quienes declararon como testigos referenciales acerca de dichas declaraciones en la etapa del juicio oral. Los testigos anónimos no fueron interrogados ni por el juez instructor ni menos por el tribunal sentenciador. Pese a que en reiteradas oportunidades la defensa del acusado lo solicitó, la defensa nunca tuvo la oportunidad de interrogar a los testigos anónimos cuyas declaraciones habían servido para fundamentar la condena.

El gobierno austriaco alegó que el acusado tuvo la oportunidad de formular preguntas por escrito a los testigos, si lo hubiera pedido en el juicio. Sin embargo, los miembros del TEDH estimaron que «estas posibilidades no pueden sustituir al derecho de interrogar directamente ante el tribunal a los testigos de la acusación. En particular, la naturaleza y el alcance de las preguntas que podían formularse de una u otra manera estaban muy limitados por la resolución de dejar en el anonimato a las dos personas en cuestión». Asimismo, consideró que, como los testigos anónimos no comparecieron al juicio, el tribunal no pudo observar su comportamiento ni formarse una impresión sobre la credibilidad de los testigos, no pudiendo ser equivalente a una observación directa la declaración de los policías que habían participado en las investigaciones.

C. Caso Lüdi vs. Suiza

En la sentencia de 15 de junio de 1992, el testigo era un agente de policía infiltrado cuya identidad y actividades eran conocidas por el juez de instrucción. El acusado Lüdi²¹, si bien no sabía la identidad real del agente (porque nunca le fue revelada), sí lo conocía en su apariencia física, ya que se habían reunido algunas veces. El acusado fue condenado sobre la base de los informes del policía infiltrado que no declaró en el juicio y que no pudo ser interrogado por el acusado o su abogado

20 Ver caso Windisch vs. Austria, sentencia del TEDH, del 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990\21).

21 Ver caso Lüdi vs. Suiza, sentencia del TEDH, del 15 de junio de 1992 (TEDH 1992\51).

defensor. Por ese motivo, el TEDH decretó que el derecho del acusado a un juicio justo había sido violado. El gobierno suizo alegó en su defensa que, en primer lugar, la condena del acusado no se basó de manera concluyente en los informes del agente policial, ya que los tribunales competentes admitieron las declaraciones del acusado y de otros coacusados.

En segundo lugar, el gobierno suizo sostuvo que en este caso se consideró necesario conservar el anonimato del agente policial para continuar con la infiltración de este en el ambiente de la droga y proteger la identidad de sus informadores. Al respecto, el tribunal consideró que el acusado declaró tras haberle mostrado las actas de las escuchas telefónicas y le negaron, durante el proceso, los medios para controlarlas o rechazar la duda que existía sobre ellas.

Asimismo, aunque la condena de Lüdi no se fundamentó únicamente en las declaraciones del agente policial, sí sirvieron para probar los hechos que condujeron a la condena. En tal sentido, ni el magistrado ni los tribunales pudieron o no quisieron interrogar al agente policial, ni proceder a un careo con el acusado a fin de comparar las declaraciones de este con las alegaciones del acusado.

Además, ni este último ni su abogado tuvieron la oportunidad de interrogarle y rechazar cualquier duda sobre la credibilidad de su declaración. A pesar que el tribunal reconoció que era legítimo preservar el anonimato de un agente policial para poder no solo protegerle, sino también utilizarle en el futuro en los casos relacionados a tráfico de drogas, declaró que los derechos de la defensa sufrieron muchas limitaciones, por lo que el acusado no se benefició de un proceso justo.

Esta sentencia contó con una opinión parcialmente disidente de un magistrado que consideró que la evaluación de la declaración del testigo anónimo depende de la libre apreciación de las pruebas, que en principio corresponden al tribunal nacional. De donde dedujo que el rechazo por el tribunal de la demanda de interrogar al agente infiltrado no puede ser censurado por el TEDH, concluyendo que en este caso no hubo violación de los derechos de la defensa.

D. Caso Doorson vs. Holanda

El TEDH afirmó, en la sentencia Doorson²² vs. Holanda del 26 marzo 1996, que el uso de declaraciones hechas por testigos anónimos para fundamentar una condena no es en todas las circunstancias incompatible con el CEDH. Sin embargo, si se mantiene el anonimato de los testigos de la acusación, la defensa se verá enfrentada a dificultades que el procedimiento penal no debería normalmente incluir.

²² Ver caso Doorson vs. Holanda, sentencia del TEDH, del 26 de marzo de 1996 (TEDH 1996\20).

Por ello, el tribunal reconoció que, en esos casos, el artículo 6.1, considerado junto con el artículo 6.3 d, requiere que las dificultades con las que trabaja la defensa sean equilibradas de manera suficiente por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales.

De esta manera, el tribunal sostuvo que no se debe prohibir a un demandante que examine la fiabilidad de testigos anónimos. Igualmente, señaló que ninguna condena debe estar basada únicamente o de manera decisiva en declaraciones anónimas y que los principios del proceso equitativo exigen de igual manera que, en los casos necesarios, los intereses de la defensa sean ponderados con los de los testigos citados a declarar.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del TEDH nos debería llevar a proponer la modificación del decreto legislativo 813; ya que esta norma no permite al acusado ni a su defensor conocer la identidad del testigo anónimo que lo incrimina, convirtiéndose en un «anonimato absoluto» que debería ser rechazado por nuestra doctrina.

Hay que considerar que la ley 27378 cumple una función importante en el proceso penal debido a que busca brindar al testigo la protección necesaria para que declare sin el temor a sufrir represalias como consecuencia de su participación en el proceso penal.

Sin embargo, consideramos que dicha protección no puede pasar por encima de los derechos fundamentales del imputado, como los operadores de justicia lo permiten en la actualidad. Es necesario, por tanto, que estos interpreten y apliquen la mencionada norma, revelando a la defensa la identidad del testigo que declarará en la etapa del juicio oral.

De no hacerlo, no nos cabe duda, que se vería recortado el derecho a la defensa del imputado y la posibilidad de ejercer su derecho a contradecir las pruebas que lo incriminan. De cualquier manera, tal como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional y las sentencias del TEDH que hemos analizado, consideramos que la sentencia condenatoria nunca podrá basarse únicamente en la declaración de testigos anónimos.