

## **AFIRMACIONES DE “SEGUNDA MANO”: EL VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DE REFERENCIA**

**Por María Inés Yeannes, Fabiana Danti y Mauro Giacomaso.**

### **I. INTRODUCCION**

Este trabajo consistirá en un análisis del valor probatorio del **testimonio de referencia**. La inquietud de abocarse a este estudio surge del análisis del caso Cabezas a través de la obra del Dr. Marcelo Sancinetti.

En primer lugar vamos a empezar con una breve referencia a lo que sucedió en el citado precedente, cuando el juez de instrucción, Dr. Macchi, valora las declaraciones de los testigos Capay y Degastaldi en el auto de prisión preventiva dictado en contra Gregorio Ríos.

A posteriori de ello, y en ausencia de una disposición normativa expresa en nuestro ordenamiento legal, referiremos lo que sucede en la ley de enjuiciamiento criminal española, en el sistema del Common Law y el tratamiento que ha recibido el testigo indirecto en el ámbito internacional.

Para finalizar nos ocuparemos de efectuar algunas reflexiones sobre este instituto y dejaremos sentada nuestra postura sobre el tema.

### **II. TRATAMIENTO EN EL “CASO CABEZAS”**

En el auto de prisión preventiva el juez de instrucción tiene por acreditado: “...que una persona de sexo masculino, determinó premeditadamente y directamente a otro sujeto de igual sexo -contando este último con la complicidad de por lo menos otros 7 sujetos- a privar ilegal y calificadamente de la libertad y perpetrar el homicidio doblemente calificado...que el sujeto en cuestión se confabuló con quien ha sido tenido como autor de esos ilícitos (entre los cuales aparece Gustavo Prellezo), aportando la previa y necesaria persuasión para llevar intelectualmente a que aquel ejecutara tales aberrantes hechos...se encuentra justificada la existencia de tales delitos...los que en grado de instigación se les adjudica al inculpado ...”.

El juez de instrucción fundamenta la imputación bajo la calificación de elementos indiciarios que satisfacen las exigencias requeridas procedimentalmente para tener por acreditada a primera vista la imputación y responsabilidad de Gregorio Ríos (quien era al momento del hecho responsable del sistema de seguridad y vigilancia del ahora desaparecido empresario telepostal Alfredo Yabrán).

De los siete indicios utilizados por el Juez, solo nos referiremos a aquel en que se valora como prueba de cargo un testimonio de referencia.

En el considerando segundo del auto de prisión preventiva se mencionan contactos personales y telefónicos detectados entre Prellezo y Gregorio Ríos, que pretenden ser avalados por el juez -llamadas de las cuales se desconoce el contenido, debido a que no fueron grabadas- con los testimonios de los testigos Degastaldi, Capay y Manselle.

Para comprender mejor estos elementos de juicio, es oportuno adelantar aquí algunas explicaciones sobre los testigos identificados por el juez.

El testigo Capay, policía, había declarado que en julio de 1996, al hacer un viaje a la costa para comprar un terreno o bien para visitar a una mujer, vio por escasos segundos, en un café de Las Armas, a Prellezo, a quien conocía, junto a una persona a la que no conocía en ese momento, pero que en 1997, al verla por televisión pudo identificar retroactivamente como la que había estado en aquel café con Prellezo, y que era precisamente Gregorio Ríos.

A la vez, el mismo Capay declaró que un guero apodado Mario o Juanchi, le había contado por entonces que en Las Armas se decía que en esos días le había sido enviada a Prellezo, por transporte terrestre una suma de \$ 1.000.000, en efectivo, como retribución de un “trabajito”.

Cabe agregar que en contra de Capay hay una decena de testigos que niegan ese supuesto comentario generalizado, y también que no existía ningún guero llamado Juanchi.

Respecto del testigo Degastaldi, su relato solamente abultaba las citas, debido que solo manifestó lo que Capay le dijo antes de ir a declarar, es decir, que no aporta elemento extra alguno.

Lo que se pretende con lo hasta aquí expuesto, es remarcar la importancia que se le dio a un testigo de oídas, máxime cuando los datos objetivos que existían al respecto se contradecían con lo que Capay había manifestado.

### **III. LA PRUEBA DE REFERENCIA: EL DENOMINADO TESTIGO DE OIDAS**

#### **III.a. Noción de testigo de referencia**

**Karl Mittermaier** nos dice que la palabra testigo designa al individuo que comparece o es llamado a declarar sobre su experiencia personal acerca de la existencia y naturaleza de un hecho. Desde el punto de vista procesal, es aquel que, llamado a la causa, habla y refiere, relata lo que ha visto o sabe sobre un suceso o circunstancia.

Partiendo de este concepto de testigo en sentido propio podemos definir a los testigos de referencia como aquella persona física distinta de los sujetos legitimados en un proceso, que transmiten un conocimiento relativo a un hecho al cual han accedido mediando la percepción sensorial de un tercero, verdadero testigo de lo acaecido.

#### **III.b. Tratamiento de la cuestión**

##### **1. Legislación**

Dentro del articulado de nuestro Código de Procedimientos en Materia Penal, al igual que en su similar vigente en el ámbito federal, no encontramos precepto legal alguno que recepte el medio de prueba aquí analizado.

Esto tal vez responda al sistema de valoración de la prueba que nos rige, esto es, la “sana crítica”, en el cual no se establecen reglas predeterminadas por el legislador que deben respetar los magistrados a la hora de merituar los elementos de la prueba obrantes en una causa.

Sin embargo, tampoco existía tratamiento alguno del testimonio de referencia en el sistema anterior vigente en la Pcia. de Buenos Aires, pese a estar enrolado en un sistema de la prueba predominantemente legal o tasado.

Siquiera la jurisprudencia, en general, se ha ocupado de analizar acabadamente el instituto objeto de estudio, pues sólo encontramos algunos fallos aislados que reconocen de manera expresa la problemática que se presenta en esta clase de testimonios.

## **2. Jurisprudencia**

No obstante, existen numerosos pronunciamientos judiciales en los cuales se emplea esta especie de prueba testifical como elemento de cargo enervatorio del estado jurídico de inocencia.

Al menos en dos oportunidades el Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As. hizo alusión al testimonio de referencia.

El primer precedente al que haremos mención es pasible de una objeción por cuanto le otorga a esta especie de testimonios una entidad probatoria tal que podría llegar a encontrar serios reparos desde el punto de vista constitucional.

En dicha oportunidad, relativo al tema que nos ocupa, se sostuvo: **“...ese tipo de testimonios implica sustraer del juicio al testigo real, dando valor a las manifestaciones de alguien no juramentado ni sometido a la contradicción de las partes ni a la inmediación de los jueces, ello no implica que deben rechazarse en forma absoluta, habida cuenta que su valoración es posible junto a otros elementos probatorios o como dato confirmatorio de los propios dichos del testigo directo y, excepcionalmente también como prueba única de cargo, por lo que en definitiva tales dichos no escapan a los criterios de veracidad y credibilidad cuya valoración resulta facultad propia de los jueces del debate.”** (TCPE, 1160, RSD-652-00, S 1-8-2000, A., J. E. s/ Recurso de Casación, Magistrados votantes: Celesia-Mancini-Hortel).

Más plausible resulta la opinión emitida por el Dr. Sallargues, en el voto del 4 de abril del corriente año, en autos caratulados **“Alí, Esteban Emilio s/recurso de casación”**.

En dicho precedente, el Tribunal encargado de llevar adelante el juicio oral y público en contra del nombrado, al momento de dictar sentencia condenatoria, y para acreditar la materialidad en el hecho primero enlista las declaraciones de varias personas, entres las cuales se hallaba la de Raúl Osvaldo Castro, quien fuera un “testigo de oídas” debido a que tomo conocimiento de lo acontecido por los dichos de las víctimas directas del hecho.

Recuérdese que bajo el rótulo del hecho primero, lo que intentó atribuírsele al procesado fue que junto a un grupo de personas en dos oportunidades concurrió al domicilio de Teddy Vazquez Oyola y que procedió a ejercer intimidación sobre el matrimonio con el fin de lograr que el nombrado retirara una imputación dirigida contra un presunto asaltante.

Al momento de conocer el recurso el Dr. Sallargues dijo: **“...el Sr. Juez del primer voto toma razón de que se trata de quien habla por “boca de Ganzo” y lo reivindica como testigo no obstante esa circunstancia”**.

El magistrado continúa diciendo: “...si desde siempre la doctrina procesal se refirió al testigo de oídas (ex auditu alieno) para desechar sus aportes, es porque ese elemento no puede separarse de los dichos de quien le suministro esa información, razón por la que no se distingue ontológicamente de este ni por tanto multiplica sus acertos. Con el argumento del inferior, si Vazquez Oyola hubiera contado a cien personas sus percepciones (o reduciendo al absurdo, lo hubiera hecho por un medio masivo de comunicación) ese numero o los eventuales receptores de esa información podrían haber sido convocados al juicio y a la postre también enlistados como testigos de cargo. Este elemento del fallo no puede sustentarse razonablemente y debe ceder.”.

Como adelantamos, si bien no está expresamente previsto en el código de procedimientos de la provincia de Buenos Aires, los fallos reseñados denotan la aceptación de este medio de prueba como un elemento más sujeto a la valoración judicial.

### **3. Doctrina**

En general, los autores no se han ocupado de un tratamiento especial del testimonio de oídas sino que sólo lo mencionan en los tratados de derecho procesal al mero efecto de diferenciarlo del testigo directo.

**D´Albora** acepta la versión de quienes declaran por lo que han oído de otros, con la salvedad de que al momento de merituar sus dichos (conforme a la regla de la sana crítica), su aporte tenga menos valor que el de quienes percibieron directamente el suceso (CPPN, art. 398).

Asimismo, **Hugo Alsina** manifiesta que: “quien declara apoyado en un conocimiento meramente referencial no es “testigo”, en razón de que no puede dar fe de un hecho que solo conoce ex auditu alieno. Sólo lo son en la dimensión estricta del vocablo, quienes deponen sobre las circunstancias fácticas caídas bajo la percepción de sus propios sentidos, sea por haberlas visto, escuchado o percibido de cualquier otra manera, siempre que sea percepción directa y no meramente referencial”.

Por su parte, **Manzini** nos dice que: “el llamado “testigo de oídas” declarará lo que oyó sobre el hecho, y no sobre el hecho mismo. Sin embargo, se le ha negado a su dicho la calidad de testimonio, pues escapa a la responsabilidad de lo que dijo, si el otro no lo revela y se sustrae también a la valoración de su credibilidad; aparte de que lo que se cuenta de boca en boca se altera y se deforma progresivamente”.

Por último, **De La Rúa** expresa: “es testigo de oídas quien, en lugar de una percepción original y directa, sólo escuchó un relato de una persona sabedora de un acontecimiento. La diferenciación sirve para apreciar el valor de cada testimonio. La versión que transmite el testigo de oídas encierra graves riesgos. Si se hace circular una entre varias personas, suele llegar deformada al final”.

## **III.c. La cuestión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española**

### **1. Regulación legal**

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, se regula el tema de mención en los artículos 710 y 813. El art. 710 prescribe que: "... los testigos expresaran la razón de su dicho; y si fueren de referencia, precisaran el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado".

Por su parte el art. 813 dispone que: "No se admitirá el testigo de referencia en aquellas causas que hubiere injurias o calumnias vertidas de palabra."

Como bien dice Velayos Martínez, un precepto tan escueto origina interpretaciones también reducidas.

La primera impresión que se extrae, dejando a salvo la prohibición expresa en los juicios por calumnias e injurias, es la de la absoluta libertad de admisión del medio de prueba bajo estudio, conforme refiere el artículo 710.

Si bien es cierto que la utilización sin restricciones de los testigos de referencia no se expresa literalmente en el artículo bajo análisis; cabe deducirlo así por cuanto tampoco aparece ningún obstáculo que imposibilite la deposición de un tercero en el juicio oral en calidad de testigo, por más que el contenido de su declaración se fundamente en los conocimientos que le han sido aportados por otras fuentes, de manera que no exista intermediación entre los hechos que son relatados como sucedidos y su percepción personal de los mismos.

Si se continua con el estudio del art. 710, hay que convenir en que la ley no establece cual es el valor de la declaración de un testigo de referencia. Sólo se observa como el tenor de la mencionada disposición se centra exclusivamente en la imposición de una condición a cualquier clase de declaración testifical; esto es, se exige una justificación de la adquisición de los conocimientos de hecho que expresa el testigo.

De esta forma cuando el deponente sea testigo directo solo habrá de expresar la "razón de su dicho", mientras que si lo es el de referencia habrá de manifestar "el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas que fuese conocida a la persona que se le hubiere comunicado".

Siendo que el sistema español está basado en la libre valoración de la prueba, el art. 710 no sirve más que para proporcionar a quienes tengan la obligación de valorar las pruebas practicadas en el juicio oral, unas máximas de la experiencia que en el supuesto de la prueba testifical de referencia modifican el sistema trazándolo en prueba tasada.

Sin embargo, el legislador se cuidó de no mencionar cuál es la consecuencia que necesariamente ha de derivarse del contenido de dicho artículo de acuerdo con el sentido común; esto es, la ineficacia probatoria de los testimonios injustificados, como efecto derivado del incumplimiento de una carga procesal que, en el marco del proceso penal, recaería principalmente sobre la acusación.

## **2. Posición del Tribunal Constitucional**

Pese a que el legislador solo se ocupó en dos artículos de la cuestión aquí analizada, no ocurrió lo mismo en el orden jurisprudencial debido a que el tema ha recibido un amplio desarrollo por parte de los más altos tribunales de la península ibérica.

Para el Tribunal Constitucional el testigo de referencia "es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia" (SSTS del 03 de octubre de 1.995-RJA, 7589 y 18 de julio de 1.996-RJA 1996, 5919).

Por primera vez el Tribunal Constitucional reconoce la admisibilidad de esta prueba, declarando que: "la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra: artículo 813 de la L.E.Crim., sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso". (SSTC 217/1989).

En el mismo decisorio mostró su recelo a la admisibilidad incondicional de esta prueba, al afirmar que: "en la generalidad de los casos la prueba de referencia es poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso; por lo que aconseja que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia"... "si bien esta prevención no puede llevar a la conclusión de que la prueba testifical de referencia constituya, en todo caso, una prueba mediata, indirecta o de indicios, o que sólo tenga valor para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de los hechos sobre los que declara, pues es obvio que el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –audito propio–, o lo que otra tercera persona le comunicó –audito alieno–, y que, en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa".

Así, en el caso enjuiciado el Tribunal consideró suficiente prueba de cargo la declaración del agente de la policía que había intervenido en la detención de los acusados que habían sido identificados en su presencia por el denunciante extranjero momentos antes de procederse a su detención. El Tribunal considera que la declaración del policía constituye prueba directa e inmediata del hecho de la detención y prueba de referencia en lo relativo a la identificación y reconocimiento que hizo el denunciante.

En igual sentido, el mismo Tribunal insiste en que este tipo de testimonio es poco recomendable, pues en más de una ocasión puede utilizarse para eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de quienes no han comparecido en el juicio oral. "Ahora bien, aun cuando sea pertinente el testimonio de oídas o por referencia cuando no resulte posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos, dada la movilidad inherente al modo de vida contemporáneo, puede resultar imposible, si existieren testigos presenciales que hayan percibido directamente el hecho controvertido, han de ser llamados y oídos con preferencia absoluta, en vez de traer a los estrados a quienes escucharon de ellos el relato de su experiencia". (SSTC de 24 de enero de 1.995).

En idéntica línea argumental el TC considera: "que la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas, impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal ... " (como ocurre en los casos de fallecimiento, residencia en el extranjero e ignorado paradero). (STC 261/1994, de 03 de octubre de 1.994).

En consecuencia con tal doctrina, el TC otorgó el amparo porque la condena se había fundado en el testimonio del policía que detuvo al acusado, al cual el denunciante había manifestado que esa persona era la que momentos antes le había agredido, pues tal testimonio de referencia era ineficaz, dado que el testigo directo estaba perfectamente localizado, pues se hallaba haciendo el servicio militar en Fuerteventura (STC 97/1999, del 31 de mayo de 1.999).

Asimismo, no admitió como prueba de cargo el testimonio de referencia de los funcionarios policiales que presenciaron la identificación fotográfica del luego condenado por una falta de daños, por parte de la denunciante, que no compareció al juicio oral, porque tal testimonio "en modo alguno podrá sustituir al testimonio directo de la denunciante en las circunstancias del supuesto –por más que se tratase de una persona de nacionalidad no española, pues constaba en las actuaciones que poseía domicilio en Madrid, donde fue debidamente citada al juicio oral–, pues no existió ningún tipo de imposibilidad, ni siquiera dificultad más o menos grave, para que ese testimonio directo efectivamente se produjera en las condiciones constitucionalmente exigibles". (STC 7/1999, de 8 de febrero de 1.999).

### **3. Doctrina del Tribunal Supremo**

Para el Tribunal Supremo, "el testimonio o declaración de testigos de referencia en los casos generales en los que es admisible por la ley, constituye una prueba directa respecto de lo que el testigo conoce, por lo que su valoración, en determinadas circunstancias, puede ser suficiente para alzar la barrera protectora de la presunción de inocencia. No se trata de un mero indicio que tiene que ser complementado con otros de carácter coincidente y de naturaleza incriminatoria, es un testimonio cuyo único problema probatorio pasa por su

fiabilidad o credibilidad y por su contenido, en relación con los hechos que son objeto de enjuiciamiento" (STS de 18 de junio de 1999 –Rec. 1449/98–).

Sin embargo el Alto Tribunal distingue dos situaciones y considera que: "... una cosa es la validez y posible utilización de esos testigos indirectos junto con otros elementos probatorios, o como confirmatorios de la propia declaración del testigo directo y otra su eficacia cuando se produce aquella prueba en solitario, ya que tal cosa sería aceptable, esto es, considerable como prueba de cargo, única o principal, en situaciones excepcionales de imposibilidad efectiva y real de obtener la declaración directa del testigo principal -manifestaciones previas a su muerte de la víctima de un homicidio, por ejemplo- o en supuestos de persecución de delincuencia grave y organizada, que dificulta la consecución de testigos directos. Pero sustituir sin más la declaración del testigo directo, que puede estar a disposición del Tribunal, por las referencias de testigos no presenciales del hecho, rompe el principio de inmediación y obliga a sustituir la crítica del testimonio y la inmediación de su apreciación, que corresponde al Tribunal, por la propia valoración que de tales declaraciones haga el testigo indirecto. No se trata ya entonces, de saber si el testigo que declara dice o no la verdad, sino de lo que el testigo indirecto ha tomado por verdad de lo que le dijeron, trasladándose así a la cabeza del testigo de referencia una función que es propia del juzgador ...".

En conclusión, "el problema que plantean los testigos de referencia, como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad. Es esa credibilidad la que ha alertado siempre a los jueces para estimar válido ese aporte probatorio siempre que no sea posible la intervención de testigos directos... Así pues, no se debe buscar el apoyo de la referencia en los supuestos en los que pueda oírse a quien presencié el hecho delictivo o a quien percibió el dato probatorio directo. Por eso no ofrece duda nunca la validez del testigo de referencia en aquellos casos en los que sólo cabe la deposición de los mismos" (SSTS de 12 de julio de 1996 -RJA 1996, 5608- y 24 de febrero de 1999 -Rec. 607/98-).

Especiales circunstancias concurrían en el caso enjuiciado por la STS de 7 de diciembre de 1998 –Rec. 3423/97–. Se trataba de un coimputado (Miguel Angel T.) que manifestó confidencialmente a dos policías que el acusado Juan Carlos también participó en el robo, habiéndolo negado ambos en sus declaraciones procesales, por lo que la prueba de cargo para la condena de Juan Carlos fue el testimonio de referencia de tales policías.

#### **III.d. Consideraciones relativas al derecho de Common Law**

En los párrafos siguientes haremos una breve reseña del tratamiento del testigo de referencia en el ámbito angloamericano, sin pretender agotar el extenso desarrollo que la jurisprudencia anglosajona le ha dado a la cuestión.

Este tipo de testimonio se analiza bajo el nombre de testigo *hearsay*.

La regla *Hearsay*, pertenece a la teoría de la prueba de los sistemas jurídicos de tradición inglesa y regula un aspecto concreto dentro del derecho probatorio anglosajón, sin distinciones en cuanto a la naturaleza civil o penal del proceso en el que se aplique.

Se trata de una regla de derecho que impide la introducción de determinadas fuentes de prueba en el proceso, en atención exclusivamente a la cualidad del medio que pretende ser empleado en juicio; resumiendo, la doctrina anglosajona la califica de regla excluyente de la prueba.

El derecho del common-law ha ido elaborando un conjunto de reglas excluyentes de determinados medios probatorios, las llamadas *exclusionary-rules*, con una finalidad esencial de limitar la admisión indiscriminada por el juez, haciendo uso de sus poderes discrecionales, de todo tipo de prueba en el proceso penal. Para que un medio de prueba sea válidamente admisible tendrá que ser pertinente, necesario y no estar sujeto a ninguna regla excluyente.

Las mismas se clasifican en dos grupos diferenciados. De un lado, aquellas destinadas en último extremo a potenciar la verdad material, excluyen toda prueba débil, carente de valor probatorio, perjudicial para una de las partes, mas allá de los efectos propios generados por la dinámica del proceso contradictorio. Los ejemplos de *exclusionary rules* incluidas en este primer grupo podrían ser, la regla que consagra el principio de inmediación objetiva de las pruebas; la regla de elaboración americana contra la admisión de prueba prohibida *-Fruit of poisonous Tree Doctrine-* y la regla contra *Hearsay -Rule against Hearsay-*.

El segundo bloque de los señalados aglutina a todas las reglas que excluyen prueba no ya en función de su capacidad probatoria, sino atendiendo a una política proteccionista de ciertos valores societarios extra-procesales que se consideran dignos de potenciación, aunque la consecuencia sea la obstaculización del hallazgo de la verdad material del proceso penal.

Se debe conocer cuales son las coordenadas aproximadas sobre las que la regla puede actuar, o dicho de otro modo, como su propio nombre indica, la *rule against Hearsay* o Regla contra *Hearsay*, se aplica sobre una prueba concreta, la que en terminología inglesa se denomina *hearsay evidence* o prueba *hearsay*; es por ello prioritario abordar la definición de prueba *hearsay*.

Se suele calificar a las *hearsay evidence* como un medio de prueba derivativo, surgiendo este concepto por oposición a lo que bien puede llamarse prueba original.

Se entiende por medio de prueba derivativo a todo aquel cuyo valor probatorio se extrae de una fuente informativa oculta, siendo los ejemplos más evidentes, un testigo que reproduce en juicio oral una declaración probatoria realizada con anterioridad, una carta manuscrita que se presenta ante el Tribunal y describe una observación de hechos, que en realidad, tienen que ser probados en juicio por el individuo autor del documento y a través de la prueba testifical directa.

Se sostiene que la base fáctica de cualquier medio de prueba *hearsay*, es una afirmación de segunda mano, esto es, recayente sobre eventos y circunstancias que no fueron percibidos por quien se manifiesta en juicio.

Desde el punto de vista del common-law se debe entender por prueba *hearsay*, toda declaración oral o escrita, vertida en el juicio decisorio sobre una manifestación realizada con anterioridad a este momento, presentada ahora como afirmación demostrativa de la verdad de los hechos aludidos en ella, y cuyo valor probatorio -el de la declaración- descansa sobre la credibilidad de la persona que originalmente realizó la manifestación.

Es decir, en el derecho del common-law, la *Hearsay Rule* impide la introducción en el juicio de las manifestaciones de conocimiento vertidas por cualquier persona que percibió directamente los sucesos que relata, bien a través de los testigos de referencia o indirectos, bien utilizando cualquier otro medio de prueba diferente al de su declaración testifical, siempre y cuando tales manifestaciones de conocimiento pretendan ser aportadas para probar la verdad de su contenido.

En suma, la definición de la Regla *Hearsay*, vendría a corresponderse con el siguiente pensamiento: cualquier afirmación que no se pronuncie por primera vez en el juicio decisorio, sea originada de quien testifica o de un tercero, es inadmisibile como prueba de la veracidad de todo hecho y opinión sostenido por la afirmación.

A modo de cierre conviene señalar que la concepción amplia de la *Rule Against Hearsay*, intenta hacer valer, en su máxima expresión el principio de concentración de todas las actuaciones de las partes en el juicio decisorio.

Las distintas justificaciones que se ensayan y que han sido elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, se inspiran en la presunción de que las declaraciones vertidas en juicio decisorio por un testigo *hearsay*, o de referencia, no son por la cualidad de la persona que las emite, dignas de credibilidad.

Por último debemos mencionar la existencia de excepciones a la regla estudiada, que fueron surgiendo conjuntamente con la formulación misma de la *Rule Against Hearsay*, que presentan justificaciones diferentes según el caso de que se trate cuyo desarrollo excede el objeto de este trabajo.

### **III.e. Tratamiento en los convenios internacionales de derechos humanos y en los órganos respectivos**

#### **1. Convenio Europeo de Derechos Humanos: Artículo 6.1 y 6. 3. d**

Este convenio regula el derecho del acusado de confrontarse con los testigos que declaran en su contra

Textualmente, en el artículo señalado se expresa:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...” (Art. 6.1).

“Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:...a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el y a obtener la citación y el interrogatorio de los

testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra" (Art. 6.3.d).

## **2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Concebido en términos amplios, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de los casos *Unterpentinger vs. Austria*, *Windish vs. Austria y Delta vs. Francia*, establece que el concepto de testigo incluye tanto a los testigos directos que deponen en el juicio decisorio, como a toda persona que haya proporcionado, consciente o inconscientemente información al sistema o enjuiciamiento penal, generalmente mediante una declaración formal ante la policía que, después, pretenderá ser utilizada como prueba en el proceso penal, a pesar de la ausencia del testigo originario en el juicio público.

Sin embargo, a partir del caso *Unterpentinger vs. Austria* el Tribunal inauguró la doctrina según al cual no se permite la utilización de un testimonio de referencia como base de una condena, posición que ha sido mantenido en posteriores resoluciones, entre las cuales han de señalarse, *Windish vs. Austria*, *Lüdi vs. Suiza y Saïdi vs. Francia*.

En este sentido, en *Windisch vs. Austria* el TEDH estableció como principio general de justicia del proceso que toda la prueba habrá de realizarse en presencia del acusado, y en un proceso público con posibilidad de contradicción.

Ahora bien la aplicación practica del CEDH demuestra como ese principio procesal, hacia el que debe tener vocación de cumplimiento todo proceso penal dado su carácter programatico, no es invariablemente observado en todas las ocasiones; dicho en otros términos adaptables a la cuestión aquí debatida, esto es, la de la relación entre el CEDH y la prueba testifical de referencia en el proceso penal, puede inferirse de la jurisprudencia de Estrasburgo declaraciones no originales de la persona deponente sino de un tercero con el que el acusado no tiene ocasión de confrontarse.

En una jurisprudencia consolidada desde *Kostowski vs. Holanda* 1989- hasta la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Lievveld vs. Holanda* (1995) se mantiene la doctrina de Estrasburgo en una línea según la cual, a pesar de que lo más deseable sea que un testigo se someta a interrogatorio oral en el juicio decisorio, el derecho de defensa del acusado no se conculca si el tribunal oye o lee una declaración de un testigo ausente, respecto de la cual la defensa tubo oportunidad que interrogar a su autor en una fase procesal anterior, con independencia de que la facultad de contradicción fuera o no ejercitada.

## **3. Convención Americana de Derechos Humanos**

También encontramos dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos un precepto de contenido similar al art. 6 del C.E.D.H. analizado precedentemente.

En este sentido, el artículo 8 de la convención, referido a las garantías judiciales, en el punto 2 establece:

"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...inc. f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el

tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos ...”.

#### **4. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hallamos un referente. Antes de mencionar este fallo, cabe hacer alusión a lo reseñado por este Tribunal en materia probatoria.

La Corte ha señalado anteriormente que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos. En ese sentido ha sostenido, en su jurisprudencia constante, que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.

Ahora bien, en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, (sentencia de 30 de mayo de 1999), ocurrió que durante la audiencia pública el Estado reiteró las objeciones contra los testigos presentados, afirmando que el testigo Salazar Ardiles era "testigo de oídas", cuyo testimonio no tenía "ningún asidero legal".

En cuanto a las objeciones a los testigos ofrecidos por la Comisión, la Corte se reservó el derecho de valorar sus declaraciones al momento de dictar sentencia sobre el fondo. Con este fin, la Corte reitera que los criterios de valoración de la prueba ante un tribunal internacional de derechos humanos revisten características especiales. Las causales de objeción de testigos no operan en la misma forma en que operan en el derecho interno, de modo tal que la investigación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos humanos, permite a la Corte una mayor amplitud en la valoración de prueba testimonial, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la sana crítica.

Con esto se pone de manifiesto el diverso tratamiento que los dos organismos le dieron a la cuestión cuando su regulación en los respectivos instrumentos internacionales resulta ser semejante.

El primero, se ocupó acabadamente del problema y estableció pautas de valoración para los tribunales nacionales de los estados miembros; mientras que el segundo se limitó a establecer que los criterios de valoración de la prueba revisten características especiales, siendo más flexibles cuando se está juzgando la responsabilidad internacional de los estados.

#### **IV. CONCLUSION**

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo, el principal problema que se plantea respecto de los testigos indirectos es si pueden ser incorporados libremente en el proceso penal o si colisionan con algún derecho fundamental de los justiciables por lo que

debieran ser descartados como prueba de cargo capaz de sustentar un pronunciamiento condenatorio.

Sin perjuicio de que este medio de prueba puede ser objeto de críticas desde el punto de vista constitucional -derecho de defensa en juicio, principio de inmediación y contradicción- consideramos posible su admisibilidad en el proceso penal con las salvedades que seguidamente expondremos.

Así, estimamos que enfoque correcto de la cuestión analizada es la valoración del testimonio de referencia teniendo presente las notas características que lo distinguen claramente del testigo directo.

En primer lugar debemos meritar que, aceptando esta clase de deposiciones, se sustrae del debate al testigo real, es decir, al sujeto que percibió directamente a través de sus órganos sensoriales el hecho sobre el cual versa la declaración.

Ello implica que se valoren las manifestaciones de este testigo directo, al que no se le ha tomado juramento de decir verdad ni, consecuentemente, ha sido advertido sobre las penalidades con que la ley castiga el falso testimonio.

A esta primera observación le debemos agregar que, a la propia percepción del hecho efectuada por el testigo directo se le suma la valoración personal que haga del evento referido el testigo de oídas. Este último reemplaza al magistrado en su labor apreciando la declaración testifical de la cual es receptor, constituyéndose, de esta manera, en una especie de nexo entre la persona que posee un conocimiento directo del hecho y el juez de la causa.

Desde el punto de vista constitucional, la incorporación al proceso penal del testigo de referencia afecta de manera palmaria el principio de contradicción o bilateralidad que, derivado del derecho fundamental de defensa en juicio, garantiza al imputado realizar un efectivo contralor de la prueba de cargo, a través de su defensor técnico.

En este mismo sentido priva al juzgador de la inmediación en la apreciación de una prueba, uno de los principios sustanciales e inherentes a la oralidad que debe regir en la etapa de debate.

Sin perjuicio de los cuestionamientos indicados, como adelantamos, propiciamos la admisibilidad de los testigos de referencia bajo ciertas condiciones.

En primer término, en virtud de las objeciones referidas, consideramos que el principio general debe ser la preferencia de los testigos directos sobre los testigos de oídas.

Es decir, la valoración de esta especie de prueba testifical como elemento de cargo debe revestir un carácter sumamente excepcional y estar sometida al estricto cumplimiento de determinadas condiciones.

Es imprescindible justificar el origen de la fuente, es decir, indicar con nombre y apellido, o con los datos que sirvan para identificarlo, a la persona del testigo directo.

Asimismo, es indispensable acreditar fehacientemente su imposibilidad de comparecencia a la audiencia de debate, lo cual debe ser meritado por el Tribunal de juicio de

acuerdo a las circunstancias del caso concreto (vgr. pueden considerarse casos de ausencia justificada, su fallecimiento, radicación en el extranjero, enfermedad grave, etc.).

Ahora bien, individualizado el autor de la deposición y siendo debidamente justificado el motivo de su ausencia, corresponde distinguir dos situaciones que se pueden presentar.

a. Testigo de oídas como única prueba cargo:

En este caso consideramos que no es suficiente para destruir el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona sometida a un proceso penal, por lo cual nunca podría sustentar un pronunciamiento condenatorio ajustado a derecho.

b. Testigo de oídas junto a otros elementos incriminantes.

En este segundo supuesto, estimamos que se deberá valorar juntamente con los restantes elementos de prueba existentes en la causa, de acuerdo a la regla de la sana crítica conforme a nuestro sistema de valoración vigente.

Ello, sin perder de vista que se trata de un medio probatorio poco recomendable que debe ser utilizado excepcionalmente con las salvedades precedentemente analizadas.

#### **V. BIBLIOGRAFIA CITADA Y CONSULTADA**

1. Alsina Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, primera edición Bs.As. 1942 tomo 2, pág. 482).
2. Avalos Raúl Washington, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, Pág. 479.
3. Cafferata Nores José I., La prueba en el proceso penal, Editorial De Palma, Bs.As. 2.001.
4. Cros Cecilia Jaime Fabricio, "Valor probatorio del testigo de referencia en el derecho español", Revista jurídica de Andalucía, nro. 25, año 1.998.
5. D ´Albora Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Abeledo Perrot, Bs. As., 1.999.
6. De La Rua, Fernando, Teoría General del Proceso, editorial Depalma, Bs. As. 1991, pág. 117).
7. Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Europa América Bs. As. 1954, pág. 255, Tomo 3).
8. Puyol Montero Francisco Javier, Diccionario de jurisprudencia constitucional sobre el proceso penal, editorial Comares, Granada 1.995, pag. 461 y ss.
9. Roxin Claus, Derecho Procesal Penal, Editores Del puerto, Bs. As. 2000, pag. 402.
10. Sancinetti Marcelo, Análisis crítico del Caso Cabezas, Tomo I, La Instrucción, Editorial Ad-hoc, Bs.As. 2.000, pág. 439 y s.s.
11. Vallejo Manuel Jaén, La prueba en el proceso penal, editorial Ad-hoc, Bs. As. 2.000, pag. 123 y ss.
12. Vázquez Rossi Jorge, DPP, Tomo II, Rubinzal-Culzoni ediciones, pág. 324.
13. Velayos Martínez María Isabel, El testigo de referencia en el proceso penal, Tirant monografías, Valencia, 1.998.