



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

La protección de testigos en el proceso penal

Nº 104

Ezequiel Ernesto Klass

Tutor: Alberto Huarte Petite

**Departamento de Investigación
Abril 2004**

Índice general

Introducción	Pág. 5
Capítulo I - EL TESTIGO, A SECAS.	Pág. 6
Capítulo II - MÁRTIRES	
1- Primera malla de protección	Pág. 7
2- Testigos bajo presión	Pág. 8
3- La causa AMIA (primera parte)	Pág. 9
Capítulo III - EL TESTIGO Y EL NARCOTRÁFICO	
1- El narcotráfico	Pág. 10
2- Leyes 23.737 y 24.424	Pág. 10
3- El art. 33 bis	Pág. 11
4- La sanción al delator	Pág. 13
Capítulo VI - DENUNCIANTE ANÓNIMO	
1- En la ley de narcotráfico	Pág. 14
2- En el Código Aduanero	Pág. 14
Capítulo V - TESTIGO DE IDENTIDAD RESERVADA	
1- Concepto. Vacío legal	Pág. 15
2- La creación judicial. El caso AMIA (segunda parte)	Pág. 15
3- Instrucción y Juicio	Pág. 16
4- Distinción	Pág. 17
Capítulo VI - DERECHOS EN CONFLICTO.	Pág. 17
Capítulo VII - LA OFICINA.	Pág. 21
Conclusiones	Pág. 22
Bibliografía	Pág. 24

Introducción

“Creemos que ser testigo no puede ser nunca una desgracia o una consecuencia desventajosa para la persona. El testigo es un órgano de prueba; es una pieza fundamental de proceso y debemos ampararlo y protegerlo para que su intervención no suponga una alteración profunda de su vida, de su trabajo y de su circunstancia (...) La experiencia nos indica que muchas veces los testigos son víctimas de amenazas, seguimientos, agresiones personales. Contemplamos entonces un sistema que les da protección para que no sufran a causa de su colaboración”, (del informe del Ministro de Justicia, Dr. León Carlos Arslanián, ante el Senado de la Nación en la sesión del 21 de Agosto de 1991).

El instituto de protección de testigos es una incorporación relativamente reciente en el ámbito del derecho penal nacional. Su consagración legal (junto a otras figuras relacionadas o afines como el arrepentido o el agente encubierto, a título ejemplar) implica una verdadera innovación en materia de política criminal. De entrada, las consideraciones sobre su utilidad, sus características, y sus implicancias lejos están de ser unánimes por referirse a institutos tributarios de sistemas foráneos que, en ocasiones, no se rigen por los principios generales de nuestro derecho positivo.

Su *actualidad*, entendido el término como el interés que suscita una cuestión nueva y aún sujeta a debate y discusión, se acentúa si se tiene en cuenta que en términos jurídicos no hay consenso doctrinario y jurisprudencial respecto a su validez constitucional y legal. A su vez, desde un punto de vista eminentemente práctico todavía hay mucho por hacer en cuanto a la cobertura real y efectiva de esta clase de testigos en los organismos encargados de su guarda.

Pero antes de seguir adelante en cuestiones que luego serán desarrolladas es pertinente señalar que la protección de testigos es el resultado de incorporar nuevas herramientas en la lucha contra el delito organizado, sumado ello, a las dificultades que en ciertas circunstancias trae aparejado el hecho de testificar para quien está llamado a cumplir con dicha requisitoria (léase el testigo) y la importancia que dicho testimonio puede llegar a tener para la investigación (sea en el inicio o en el desarrollo) y, eventualmente, en el esclarecimiento de determinada clase de actividades ilícitas. Este sucinto cuadro de situación promovió, en el cierre de la década del 80, el análisis y sanción legislativa.

Sin embargo, como ya ha sido señalado, esta figura no está exenta de cuestionamientos y lejos se encuentra de generar una aceptación pacífica en el ámbito judicial o entre las distintas manifestaciones de la doctrina.

En concreto, la protección de testigos ha tenido diferentes interpretaciones por parte de nuestros tribunales en oportunidad de su aplicación, llegándose a discutir su constitucionalidad, todo ello en el marco de un debate que tiene en cuenta, por un lado, la seguridad de la vida de un testigo y el valor eficacia en la persecución penal, y por el otro, el respeto a las garantías del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

A modo de anticipo se puede señalar que buena parte de los reproches pasan por considerar que los testigos protegidos son, en determinadas circunstancias, sustraídos a la apreciación del imputado, lo que para dicho sujeto del proceso equivale a la sustracción de derechos constitucionales, como lo son los derechos de defensa y de debido proceso legal. Al no poder conocerse la identidad de los testigos, cuando ésta es la medida de protección utilizada, se impide el eventual cuestionamiento de dicha persona, y básicamente el control de la prueba, según afirman los opositores al instituto.

Por ello, en el desarrollo de la tesina, será importante evaluar y diferenciar conceptos tales como: “testigo protegido” o “protección de testigos”, “testigo de identidad reservada”, “sustitución de identidad” y “denunciante anónimo”, ya que, a pesar de sus parecidos semánticos, estos términos no significan lo mismo, y por ende, sus implicancias son distintas.

En síntesis, el presente trabajo tiene como objetivo realizar un abordaje sobre la protección de testigos en el proceso penal a partir de un análisis del marco normativo y jurídico de la materia; lo que abarca el encuadre legal que tiene el instituto, las características principales que presenta, la jurisprudencia al respecto, que adquiere en este tema un gran valor por las distintas interpretaciones que emanan de las sentencias sobre el tema, y una descripción de los organismos encargados de custodiar y proteger a esta clase de testigos.

Capítulo I - El testigo, a secas

Antes de hacer anclaje en la cuestión de fondo se impone tener presente qué significa y que representa el testigo, a secas.

“El testigo es toda persona que conozca los hechos sobre los cuales versa el proceso, sea que los haya presenciado, o que ese conocimiento lo hubiese alcanzado por otros medios (referencias de terceros, lecturas, entre otros) en cuanto proceda a sus sentidos”¹. No obstante, es cuestionado el testimonio que no es producto de la adquisición directa, ya que de otra forma no se trata de una prueba directa, sino que se trae algo percibido por otro, que en todo caso, sería el testigo en sentido propio. Por su parte, Abalos entiende que, “Para que el testimonio sea directo, no es necesario que la persona haya visto efectivamente cómo han sucedido los hechos; basta la percepción parcial o total por cualquiera de los sentidos. Piénsese en aquél que escucha determinado número de disparos en la noche. Este tipo de testigo trae elementos corroborantes respecto de lo que puede saber otro testigo presencial”². De todas maneras todo testimonio puede tener algún valor procesal que será establecido judicialmente.

Otra definición posible, tomada de Leone, es por la negativa: “El testigo no es perito, no es imputado, no es el juez: es aquel que sabe cosas que pueden influir en la reconstrucción de la incidencia judicial: es un extraño a los hechos objeto del proceso, pero un extraño que sabe cosas que debe decir y sobre cuya deposición debe recaer la valoración crítica y la decisión del juez”³.

El testigo, en tanto persona física -no podría ser persona de existencia ideal, en los términos del Código Civil- y capaz, brinda su saber a través del testimonio, que es el aporte de conocimiento que da al órgano jurisdiccional de todo lo que percibió a través de sus sentidos en relación al hecho por el que se le pregunta. Su testimonio debe estar libre de opiniones o conjeturas, salvo que tengan íntima conexión con el hecho.

El Código Procesal Penal fija que el juez interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad (art. 239). El fiscal hará lo propio si le toca a él la instrucción de la causa.

A partir del artículo antepuesto, y dentro del capítulo IV, el código ritual establece las formalidades de ley, las “reglas de juego” para los testigos. Es el ámbito de los medios de prueba; prueba como la acreditación de la verdad de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto el hecho que se afirma delictivo, como el sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto⁴.

El C.P.P.N. determina que el principio es la obligatoriedad de testificar. Estipula un criterio amplio de capacidad para tal acto: “Toda persona es capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, (art. 241). Señala las excepciones al deber de testificar sea por prohibición de declarar (art. 242) o por facultad de abstención y deber de abstención (arts. 243/244) y las excepciones al deber de comparecer (art. 250). Fija la forma de la declaración (art. 249) y enumera sanciones ante la incomparecencia, la negativa a declarar y el falso testimonio -de allí el juramento de decir verdad- (arts. 247/249/252).

Dentro del espectro que reúne a los diferentes medios probatorios, el valor de la prueba testimonial es considerado de gran trascendencia en el proceso penal.

Su importancia puede llegar a ser vital. En su obra “La Crítica del Testimonio”, Francois Gorphe plantea:

“Los testigos –decía Bentham (Jérémie)- son los ojos y los oídos de la justicia”. Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba. Su importancia en materia penal es considerable; frecuentemente es la única base de las acusaciones. Como pueden depender de ella intereses de consideración, como el honor de un hombre, y quizá su condena a muerte, es de una importancia evidente y primordial examinar con cuidado el valor de este medio de prueba, preferentemente en materia penal⁵.

En otra autorizada apreciación se resalta su carácter protagónico e irremplazable al señalarse que el testigo es una persona “...insustituible, nota no común para los otros órganos de prueba. (...) En materia penal, es el colaborador más importante para la adquisición de la prueba, por cuya razón su intervención en el proceso se impone con las menores restricciones posibles”⁶.

1. Creus, Carlos - Derecho Procesal Penal, Edit. Astrea - 1996

2. Abalos Raúl W., Código Procesal Penal de la Nación, Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo - 1994

3. citado por Donna, Edgardo-Maiza, María Cecilia, Código Procesal Penal, Edit. Astrea - 1994

4. Moras Mon, Jorge - Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Abeledo-Perrot 1993

5. Gorphe, Francois – La Crítica del Testimonio, 5ta. Ed., Inst. Ed. Reus S.A. 1971. Madrid-España

6. Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ediar. S.A. Editores - 1963

Capítulo II - Mártires

1- Primera malla de contención

2- Testigos bajo presión.

3- El caso AMIA (primera parte)

1- Primera malla de contención

A partir de la reseña del capítulo antecedente, se puede establecer que el testigo no puede exonerarse de prestar testimonio cuando el juez, o el fiscal según el caso, así lo requiere, salvo ante excepciones previstas por ley.

Ahora bien; en circunstancias normales el testigo cumple con su función dentro del proceso y antes y luego de ello su vida continúa sin avatares relacionados con tal evento. El problema se suscita cuando dichas circunstancias lejos están de ser las ideales y el hecho de ser testigo lo ubica en una potencial o concreta situación de riesgo. Bajo esta presión, el testigo puede aparecer como una nueva víctima del proceso del que aspiraba a participar, simplemente, como un elemento de prueba. Ser testigo de determinada clase de delitos o del accionar de determinada clase de organizaciones delictivas puede transformar al acto de testificar en una situación traumática y hasta peligrosa.

En griego, la palabra testigo significa mártir. “*Testigo* es lo mismo que *mártir*. Jesús tuvo el valor de testimoniar la Buena Nueva de Dios Padre”⁷. La Iglesia desde hace siglos le rinde culto a los mártires que “han dado *testimonio* por Cristo y por su doctrina con el sacrificio de la vida. En su Encíclica *Fides et Ratio*, el Papa Juan Pablo II nos invita a ser *testigos* de la verdad *incluso hasta el martirio*, ya que el mártir, en efecto, es el testigo más auténtico de la verdad”⁸.

Aunque el brevísimo sobrevuelo realizado no sea propio del derecho, sirve, al menos esa es la intención, para encontrar un punto de contacto entre las palabras “testigo” y “mártir”. Palabras que llegan a unirse, no solo en el Libro de los Mártires (Martirologio), sino también, desafortunadamente, en el proceso penal. El que habla puede pagar con la vida, o cuanto menos la pone seriamente en riesgo, es el concepto que se debe tener presente cuando se piensa en un testigo que debe declarar en contra de una organización criminal que cuenta con suficientes medios de “persuasión” para evitar las incriminaciones de un “soplón”. Es ante estos casos cuando la antiquísimo sinonimia que los griegos establecieron entre los términos “testigo” y “mártir” recobra actualidad.

El testigo, entonces, padece situaciones que atentan de manera fulminante contra la posibilidad de verlo dispuesto a comparecer y declarar. Resulta elemental pensar que el instinto de supervivencia de toda persona habrá de privilegiar el valor vida por sobre cualquier otro asunto.

Cuando la seguridad del testigo corre peligro, ya sea en forma concreta o eventual, es de pura lógica que haya reticencia o una negativa a cumplir con la carga que se le impone. El miedo a sufrir (si es que ya no se han sufrido) consecuencias funestas en su vida o de quienes lo rodean tiene mucho más peso en el sujeto-testigo que las consecuencias que le puede traer aparejado su desistimiento.

De todos modos, y ofreciendo un enfoque integrador, afirma D’Albora: “Se ha entendido que los deberes procesales de comparecer y declarar la verdad (arts. 240, 245 y 247 C.P.P.N) se integran con el derecho reconocido en el art. 79, inc. c); si el Estado se abstiene de otorgar dicha protección, la desobediencia en la citación judicial resultaría cubierta por el ejercicio legítimo de un derecho (arts. 19 de la Constitución Nacional y 34, inc. 4, del Código Penal)”⁹. El autor justifica al “testigo que se niega a serlo” citando el Principio de Legalidad que reza: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19 C.N.) y recordando la inimputabilidad que ampara a quien obra, “...en el legítimo ejercicio de su derecho...” (art. 34 inc. 4, C.P.).

Por su parte, en su obra “Protección de Testigos y Proceso Penal”, el jurista Daniel Mario Rudi afirma:

“(...) el testigo puede legalmente abstenerse de concurrir a declarar cuando, por razones atendibles para el tribunal, se encuentre en una circunstancia de riesgo personal o familiar. Lo cual excluye la culpabilidad del delito previsto en el art. 243 del Cód. Penal, porque el obstáculo de la situación de peligro constituye una causa de fuerza mayor, desde el momento en que los atentados criminales son hechos ajenos al testigo”. Y luego agrega, “(...) al mismo tiempo de la obligación de declarar (art. 240 C.P.P.N.), la persona citada en el rol de “testigo” empieza a gozar del derecho a la protección del Estado cuando se teme que pueda ser víctima de amenazas contra la seguridad propia o doméstica, por obra del sindicado o de sus cómplices”¹⁰.

7. De Fiore, Stefano – Goffi, Tullio, “A Nuovo Dizionario di Spiritualità, pág. 903. Ed. Paoline, Roma – 1979. Reproducido en The Carmelite Web Pages (www.ocarm.org)

8. www.marianistas.org

9. D’Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, 5ta. Edición, Lexis Nexis - 2002

10. Rudi, Daniel Mario, “Protección de Testigos y Proceso Penal”, Ed. Astrea - 2002

Ciertamente, y tal como lo reafirman los anteriores planteos de doctrina, la protección del testigo tiene un sustrato legal el cual va más allá, o en todo caso se ubica antes, que las leyes en particular que contemplan esta cobertura de manera específica y que luego serán analizadas.

El Código Procesal Penal de la Nación en su art. 79 establece: “Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado Nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos... c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia. Este derecho debe ser manifestado por el tribunal en la primera citación del testigo (art. 81 C.P.P.N) y complementariamente fijará prudencialmente una indemnización y anticipar los gastos necesarios (art. 362 C.P.P.N, primer párrafo). Esta norma fue incorporada en la reforma del código ritual del año 1991 (ley 23.984 sancionada el 21/8/91, promulgada el 4/9/91, BO. 9/9/91).

Es la primera malla de contención: establece la protección para todo aquel que intervenga como testigo en cualquier tipo de caso, sin importar la clase de delito en cuestión, más allá del amparo específico que establecen determinadas leyes, las cuales serán abordadas más adelante. Esta normativa surge por la necesidad de proteger efectivamente a la víctima y a los testigos. Es una reacción al protagonismo que, casi de manera exclusiva, se le daba al imputado dentro de los códigos rituales, en oposición a la marginalidad o indiferencia con el que eran tratados tanto el o los ofendido/s por un delito, como el llamado a prestar testimonio.

“Es verdad que nos hemos venido preocupando sobre las garantías y el estatuto del procesado. Hemos tratado siempre de concederle los mejores resguardos a sus derechos fundamentales, consagrados por la Constitución. Pero nos hemos venido olvidando, hasta el presente, de las víctimas y del testigo.”, afirmaba el Ministro de Justicia en parte de su informe brindado al Congreso en la sesión en que se sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, el 21 de Agosto de 1991.

En tal sentido Abalos cita a Albin Eser quien reflexiona:

“...Dentro del procedimiento penal se ha empujado a la víctima cada vez más a la periferia del Derecho Procesal Penal, en donde le queda solamente el rol de mero objeto del procedimiento. En varios procedimientos se ha aceptado, dentro de esta constelación, tendencias casi absurdas: cuando por ejemplo, víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente ‘exprimidas’ como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal. Por cierto, aún queda por ser escrita una ‘Historia de la víctima de hecho como víctima del procedimiento’¹¹.”

Es así como, al percibirse como insatisfactorio y restringido el papel asignado a la víctima y el testigo, en los últimos años se ha producido un cambio. En este contexto, la ley 24050 (B.O. 7/1/1992) sobre Organización y Competencia Penal dispuso la creación de una Oficina de asesoramiento y asistencia a víctimas y testigos: “Las funciones establecidas en el Libro I, Título IV, Capítulo III, del Código Procesal Penal, serán cumplidas por una Oficina de Asesoramiento y Asistencia a cargo de un director, especialista en victimología o disciplina afín, quien será asistido por un equipo interdisciplinario, integrado por asistentes sociales, psicólogos y abogados, en el número que especifique el reglamento correspondiente. *Esta Oficina dependerá directamente de la Cámara Nacional de Casación Penal, la que designará sus integrantes*” (lo escrito en cursiva fue observado por el P.E.N.).

Esta norma es concordante con el art. 82 de la ley 24121 sobre Implementación y Organización del Proceso Penal Oral que establece: “Créase la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos. Créase un cargo de director de la Oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos. Créanse dos cargos de trabajadores sociales, dos cargos de psicólogos, y dos cargos de abogados para la integración del equipo interdisciplinario mencionado en el art. 40 de la ley 24.050 ...”.

2-Testigos bajo presión

Las crónicas periodísticas reproducen, no con poca frecuencia, esta clase de hechos: testigos amenazados o agredidos ya sea en su persona o a través de su familia. Veamos a continuación un ejemplo contundente que logra llegar a la opinión pública a través del diario Clarín, en su edición del día 4 de mayo de 2000, con la firma de la periodista Virginia Messi:

Me gustaría contar todo, pero **tengo miedo**”. Mario Cruz Córdoba está preso en la cárcel de Marcos Paz y tiene 20 años. Ayer a la tarde el miedo lo hacía temblar en su silla de la sala de audiencias: no se animaba a declarar contra Guillermo “El Patovica” Álvarez (22). A contar frente a tres jueces que, en 1998, lo había visto **matar** a uno de sus ex compañeros del penal de Caseros. Los camaristas del Tribunal Oral N°:12 intentaron tranquilizarlo. Mario apenas podía hablar pero, luego de insistir mucho, los jueces lograron que con frases entrecortadas les contara que Álvarez lo había **amenazado de muerte** para que no repitiera en el juicio oral lo que ya había declarado dos años antes: que el 15 de noviembre del 98 en el pabellón I de la

11. Ob.Cit. en nota 2. Tomado de “Acerca del Renacimiento de la Víctima en el Procedimiento Penal”, de Albin Eser.

Unidad 16, “El Patovica” había matado a Elvio “El Monito” Aranda de una puñalada en el corazón. Ayer Mario no quería hablar del homicidio de “El Monito”. Ni bien se sentó en la sala de audiencias lo dejó claro: “Yo creía que podía elegir si hablar o no”, dijo angustiado. Por la mañana había intentado que los jueces lo sacaran de la lista de testigos. Al ver que no le quedaba alternativa, Cruz Córdoba dijo que no conocía al “Patovica” y que cuando mataron al “Monito” él estaba escondido en el baño y no había visto nada. Todo muy distinto a su versión de 19 de noviembre de 1998 ante el juez de la causa. En ese entonces había señalado sin dudar a Álvarez como el que se metió en su pabellón y mató de un puntazo a Aranda por una discusión que ambos habían tenido en el patio dos días antes. Las contradicciones eran tantas que Cruz Córdoba se quebró. (...) “¿Usted tiene miedo”, le preguntó el fiscal Gustavo Gerlero. “Y...sí”, le contestó el testigo. “¿Lo amenazaron?”, intervino Carlos Bruno, presidente del tribunal. “Me dijeron que me callara”, admitió Mario. “¿A cambio de algo?”, insistió el juez. **“A cambio de vivir”**, concluyó completamente encogido en su silla. Entonces Bruno hizo llamar al jefe del operativo de seguridad del SPF y le ordenó que se “extremaran las medidas de seguridad”. También le dijo a Cruz Córdoba que intentaría cambiarlo de pabellón, como él había pedido. Finalmente ordenó que se iniciara una causa para investigar las amenazas denunciadas. La audiencia siguió y, entre grandes silencios, el testigo contó que le habían pasado una nota. “Yo no sé leer, así que me dijeron lo que decía”. “¿Y qué decía?”, le preguntaron los jueces. “No quiero recordarlo”, susurró Cruz Córdoba. Más tarde se llegó a saber que en el mensaje se leía **“cambiá la declaración”**.

Lo expuesto es parte de una crónica entre otras tantas y que sirve para graficar los niveles de tensión y riesgo a los cuales puede estar sometido un testigo y por ende la necesidad de brindarle protección y custodia para que asuma su obligación de testificar.

Otro ejemplo posible, está plenamente vigente, ya que se desarrolla en el marco del juicio por el atentado a la AMIA ocurrido en 1994 y que aún se sigue ventilando en tribunales.

“Intimidaciones y amenazas. También esta semana se supo que un testigo importante de la causa AMIA, Rubén Cirocco, denunció haber sido perseguido y amenazado por personas que ligó a la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y lo relacionó con su condición de testigo en el juicio oral.

Cirocco fue socio del fallecido ex jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, Pedro Klodczyc , y es un testigo importante para los acusadores en el tema “Brigadas”, donde se debatirá la conducta del ex comisario Juan José Ribelli y sus hombres en las extorsiones a delincuentes y la entrega de la Trafic-bomba a los desconocidos terroristas.

Cirocco conocía muy bien a Klodczyc y también a Ribelli, el “protegido” del ex jefe policial. Sobre Klodczyc ya declaró durante la investigación que para los días del atentado contra la AMIA recibió cerca de 700.000 dólares, y que él mismo se ocupó de retirarlos de una entidad bancaria.

Si bien no se probó una conexión entre este dinero y el atentado, es evidente que Cirocco tiene mucho para decir sobre el accionar de los bonaerenses en Lanús.

Según la abogada de la DAIA, Marta Nercellas, “no es el único testigo que fue amenazado”, y abogó por que el Tribunal siga reservando la identidad de la decena de testigos protegidos que debe declarar en el juicio”¹².

Los dos casos antepuestos son solo una muestra entre decenas de otros afines o similares en cuanto a las dificultades que afrontan los testigos en determinadas circunstancias y que podrían cubrir o superar por sí solos la extensión del presente trabajo. La finalidad de reproducirlos intenta demostrar que el tema en cuestión no es una entelequia o el argumento de una película de suspenso. Esto ocurre, no es infrecuente en causas penales; en síntesis, es parte de la realidad.

3- La causa AMIA (1ra. parte)

A propósito del artículo periodístico precedente, el atentado terrorista contra la AMIA ocurrido en 1994, (de similares características al perpetrado contra la embajada de Israel en el año 1992) tiene aristas que lo vinculan directamente con la problemática del trabajo en curso y que merecen ser señaladas.

Por un lado, el Poder Ejecutivo Nacional diagramó y firmó una serie de decretos (452/2000 y 846/2000) en virtud de los cuales se crea, bajo la esfera del Ministerio de Justicia, **La Unidad Especial de Investigación**, la cual tiene como función cooperar con las autoridades judiciales y del Ministerio Público en ambas causas. En tal sentido, una de las áreas que se le adjudica es la de “disponer todas las medidas necesarias para la protección de los testigos que declaren en el marco de las investigaciones que desarrolle la Unidad Especial de Investigación (...) y de los testigos e imputados en las causas judiciales vinculadas con el hecho descrito en el art. 1 —el atentado terrorista contra la AMIA- del presente, cuando esta protección sea solicitada por los magistrados intervinientes” (art. 2, dto. 846/00)¹³. En concreto, se trata de un área especial

12. Caso AMIA, Notas, 19 de mayo de 2002, Diario Judicial. (www.diariodeljuicio.com)

13. Fuente: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos – www.jus.gov.ar/minjus/Amia/

para proteger *exclusivamente* (una cuestión aún pendiente, pero legislativamente proyectada, es la de extender la protección de testigos en *cualquier caso* vinculado a actos terroristas) a los testigos que debían y deben declarar en el juicio oral que se lleva adelante por la voladora de la mutual judía.

Por otra parte, en el marco de la investigación judicial se tomaron medidas referidas a la posibilidad, ya no solo de proteger a determinados testigos, lo cual está respaldado normativamente como se acaba de señalar, sino a las de contar con testigos de identidad reservada, iniciativa que no cuenta con un presupuesto legal. En relación a este punto, por una cuestión metodológica, se hará el abordaje del caso en un segmento más avanzado, cuando se trate puntualmente la problemática del testigo de identidad reservada.

Capítulo III - El testigo y el narcotráfico

1- El narcotráfico

2- Leyes 23.737 y 24.424

3- El art. 33 bis

3.a- Peligro cierto

3.b- Medidas de protección

3.c- Responsable de la gestión

4- La sanción al delator

1- El narcotráfico

La protección de testigos está íntimamente ligada a la legislación en materia de narcotráfico. Por las particularidades que tiene este delito, la figura del testigo protegido es indispensable si se aspira a sumar nuevas herramientas legales que sirvan para hacerle frente al flagelo que encarnan los mercaderes de la droga no solo a nivel nacional, sino, y es obvio decirlo, a nivel mundial.

El narcotráfico reconoce como actividad básica el tráfico ilícito de estupefacientes. Se trata de una modalidad delictiva que, por sus características, es sumamente difícil de combatir. Cuando se habla de narcotráfico hay que hablar de verdaderas organizaciones transnacionales, que cuentan con un notable poder económico, y amplios recursos técnicos y humanos que les permiten, por un lado, neutralizar la intervención de la justicia, y por el otro, seguir expandiendo su radio de acción. Acerca del poderío que tienen estas organizaciones criminales, Carlos Enrique Edwards afirma:

“Esta narcocriminalidad se ve favorecida por el alto número de consumidores, que se va incrementando día a día en todo el mundo, como un moderno flagelo que parece no tener remedio. A su vez, la experiencia mundial indica, con toda crudeza, que esta criminalidad organizada tiene profundas relaciones a nivel político; la prensa internacional nos ilustra sobre los casos en que la narcocriminalidad llega a financiar el funcionamiento de partidos políticos o de campañas políticas, con el consecuente compromiso que ello genera, lo cual evidencia la confusión entre esta forma de delincuencia y ciertos sectores políticos. Además, estas organizaciones cuentan con ingente poder económico, que en muchos casos supera el presupuesto de varios países latinoamericanos, no ahorrando recursos técnicos y humanos, para concretar su ilícita actividad”¹⁴.

Naciones Unidas, por su parte, sostiene que “el tráfico ilícito de drogas se ha vuelto muy refinado y complejo y cuenta con la participación del delito organizado en una serie de actividades ilegales, incluidas la conspiración, el soborno, la intimidación y corrupción de funcionarios públicos, la evasión de impuestos, las violaciones de reglamentos bancarios, la extorsión, las transferencias ilegales de dinero, las violaciones de normas para la importación y exportación, el contrabando de armas y los delitos de violencia y terrorismo. Así, los problemas relacionados con el consumo de drogas afectan directamente a la estabilidad social y la seguridad pública y están asociados con la desintegración social...”¹⁵. Por lo expuesto no queda duda alguna sobre el valor del aporte testimonial y la necesidad de su preservación que, naturalmente, incluye a su fuente: la persona que presta testimonio en una situación de gravedad.

2- Leyes 23.737 y 24.424

La ley de estupefacientes 23.737 sancionada en el año 1989 es de aplicación en todo el territorio nacional y al respecto es competente la Justicia Federal. La esencia de esta norma incluye la prevención y castigo de los delitos vinculados con la producción, comercialización, transporte, consumo y tenencia de estupefacientes. El bien jurídico que tutela es la Salud Pública, ya que las circunstancias de este tipo de delito, si bien llevan consigo un daño privado, lesionan fundamentalmente la salud pública.

14. Edwards, Carlos Enrique, “El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada”, Ed. AdHoc. 1996

15. Ob.Cit. pág. 62 tomado de: Naciones Unidas, Perspectivas Socioeconómicas generales de la economía mundial hasta el año 2000, p. 274

En el último mes del año 1994 se sancionó la ley 24.424 que está vigente desde el 9 de enero de 1995. Esta norma establece modificaciones e importantes incorporaciones a la ley 23.737, entre ellas la de protección de testigos que den su aporte en investigaciones y causas de esta clase de delitos.

En esta etapa del trabajo corresponde ingresar de lleno a la problemática en cuestión, ya que en el marco de la búsqueda de nuevos medios investigativos para enfrentar los delitos provocados por el tráfico ilícito de estupefacientes, la legislación sobre narcotráfico le otorga a la protección de testigos un lugar preponderante.

Ya el dictamen de las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción de la Cámara de Diputados de la Nación, reflejaba este objetivo al establecer que “el presente proyecto tiene por objeto dotar al sistema penal encargado de investigar y sancionar los delitos vinculados con el narcotráfico, de los medios adecuados para mejorar su eficacia. El fenómeno del narcotráfico responde a las características de lo que se ha dado en llamar ‘delincuencia organizada’. Esa nueva forma de delincuencia requiere la debida actualización del sistema penal, a efectos de que la respuesta sea acorde a la gravedad y complejidad del fenómeno”.

Antes de avanzar en el análisis de la norma en estudio, surge como dato interesante un aspecto que, por la resolución que tuvo el trámite legislativo, quedó en el terreno de la discusión pero que podría reinstalarse en el futuro con, seguramente, fuertes repercusiones a la hora de un nuevo debate. Previo a la sanción de la ley 24.424 hubo una serie de proyectos de ley que proponían extender las técnicas investigativas para la lucha contra el narcotráfico a todos los delitos del Código Penal, como por ejemplo, el homicidio, el robo o la estafa, por señalar solo a algunas figuras típicas. Finalmente estos proyectos no prosperaron pero quedaron como antecedentes que pueden ser reflatados en un nuevo tiempo y ante nuevas circunstancias. “Seguramente, y como una *experiencia piloto* los legisladores han considerado conveniente, en una primera etapa, restringir estas formas de investigación sólo al tráfico ilícito de estupefacientes, por su gravedad y por la dificultad de su represión. En realidad estas novedosas técnicas garantizan el éxito de la investigación no solo en materia de estupefacientes, sino en cualquier otra modalidad delictiva, siempre que presente algún grado de organización; el dato sociológico indica que otras modalidades delictivas también se cometen en forma organizada, como delitos económicos y fiscales, los informáticos y los ecológicos”¹⁶.

Ciertamente a los delitos apuntados se puede agregar, en épocas en los cuales su auge es tan grande como devastador, los actos de terrorismo, tema que más adelante será tocado para no salir del foco del capítulo presente. También, aunque sería materia de un análisis ajeno a este trabajo, los secuestros extorsivos, a partir de las recientes estadísticas que muestran un alarmante aumento de este delito, podrían ser abordados con mayor efectividad con este instituto.

3- El art. 33 bis

El artículo 33 bis, incorporado por la Ley 24424, reza: “Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación.

El fundamento de esta norma es el de obtener la colaboración en la investigación por parte de los testigos sin quedar expuestos a una represalia por parte de la organización narcocriminal en contra de la cual están declarando. A propósito de los “códigos mafiosos, la justicia ha dicho: “Es experiencia común la formación de sistemas de reglas paralegales, que emanen o no de centros de dirección determinados, se imponen sobre parte de los habitantes, en razón de múltiples factores sociales, económicos, geográficos, etc. cruzándonos a conductas complacientes con actividades contrarias al orden legal, como la “ley del silencio”, la “omertá” u otras análogas, bajo la amenaza de un castigo seguro, la que resulta más fuerte en los hechos que la del sistema represivo legal”¹⁷.

3.a- Peligro cierto

La ley señala que el tribunal arbitrará las medidas de protección en tanto haya “fundadamente” circunstancias que hagan presumir un peligro cierto en la vida o la integridad física del testigo. Es decir que las medidas de seguridad no se dan por el solo hecho de declarar en el proceso. Tiene que haber un peligro tal que puede interpretarse como la posibilidad de sufrir un menoscabo en la vida o la integridad física. En tal

16. Edwards, ob. cit. en nota 14, pág. 28.

17. Cam.Fed. San Martín, sala I, julio 20-1995, Diario El Derecho, 29 de agosto de 1997.

sentido es enfático Laje Anaya: “Se protege al que está necesitado, procesado o urgido de amparo, y no al que no corre peligro”¹⁸.

Las “circunstancias” sobre las cuales hace referencia la letra de la ley pueden ser desde amenazas de muerte, hasta haber sufrido de hecho un atentado, entre otros ejemplos. Véase que no se exige una prueba perfecta sino “una presunción fundada” para valorar el riesgo al que puede quedar expuesto el testigo. No se debe aplicar un criterio rígido que haga estricta la aplicación: si al testigo lo amenazan con coserle la boca si llega a hablar no es necesario esperar a que ello ocurra para asistirlo.

Se entiende que la existencia probable del peligro queda librada a la apreciación judicial siguiendo las reglas de la sana crítica, que como sistema de valoración de pruebas, es definida como las “...reglas de correcto entendimiento humano, o sea, sobre la base de la lógica y la experiencia”¹⁹.

Aunque esta ley omite mencionar al núcleo familiar del testigo como blanco pasible del peligro cierto, también debe abarcárselo.

3.b- Medidas de Protección

La ley establece que a los testigos que lo requieran se les brindarán las “medidas especiales de protección que resulten adecuadas”, con lo que fija un criterio amplio y flexible para decidir cual o cuales pueden ser las más convenientes. Es tal vez en la textura abierta de esta frase en donde las autoridades judiciales pueden encontrar el respaldo para decidir que un testigo sea de “identidad reservada”, cuestión que será analizada más adelante pero que de antemano subrayamos no está puntualmente legislado.

Luego de hacer esta enunciación general establece dos medidas concretas que son a) la sustitución de identidad del testigo, b) provisión de recursos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación.

a) Sustitución de identidad del testigo

Esta medida consiste en el cambio de nombre del testigo. Se trata de la medida más extrema que se puede tomar en aras del resguardar al testigo de las eventuales venganzas que pueda sufrir. Es un último recurso si se tiene en cuenta las consecuencias que ello le trae a la persona y su familia y las dificultades materiales de una tramitación de este tipo. “... es una verdadera excepción a la ley civil que regula todo lo relativo al nombre e identidad de las personas; sin embargo, por una cuestión de política criminal, se ha considerado conveniente sacrificar lo que disponen a este respecto las normas civiles, para proteger a la persona que ha colaborado con la represión del narcotráfico”²⁰.

Esta opción haría necesaria la modificación de las partidas de nacimiento de los hijos y del matrimonio. Es elocuente Rudi cuando señala: “En verdad, el cambio de identidad de los testigos y su familia debe ser entendido como la medida de seguridad de grado máximo y, por tanto, aplicable en casos excepcionales, porque genera una secuela casi infinita de problemas que alcanza hasta los antecedentes familiares”²¹.

Por otra parte el testigo protegido puede, luego de superado el cerco de presiones y amenazas sobre su vida y la de los suyos, querer recuperar su identidad original, lo cual es legítimo ya que el cambio de identidad fue realizado y tiene vigencia mientras duran las circunstancias que determinaron esta medida.

b) Provisión de recursos

Aunque la ley no lo puntualiza se trata, básicamente, de recursos económicos. Recursos que serán utilizados para el cambio domiciliario y ocupacional. Una verdadera protección no será posible si el testigo protegido sigue viviendo y trabajando en el lugar más sencillo de ser localizado. De allí la necesidad de contar con un presupuesto suficiente para poder hacer efectiva la mudanza y dar un nuevo alojamiento al testigo protegido y su núcleo familiar. Aunque no lo señale, un sistema de este tipo debe prever la existencia de menores en edad escolar que deberán ser recolocados en un establecimiento educativo cercano a la nueva locación.

Con respecto a darle una nueva ocupación, la ley lo establece solo en el caso de ser necesario (al igual que el cambio de domicilio). Se entiende que esta variante entraña riesgos que conviene ser evitados: por un lado el testigo puede realizar, con o sin intención, comentarios que den cuenta de su situación, y por otro, no serían descartables las filtraciones de los que intervinieron en el reclutamiento del nuevo empleado.

No obstante las medidas puntuales que fija la ley y que se acaban de analizar, las mismas, como ya quedó dicho, no son las únicas, o en todo caso las primeras que se pueden llevar a la práctica. Teniendo en

18. Laje Anaya, Justo, “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”, 3ra. Edición, Ed. Marcos Lerner – 1998.

19. Rubianes, Carlos, “Teoría General de los Procesos Penal y Civil”, Tomo I “Derecho Procesal Penal”. 5ta. Reimpresión, Ediciones Depalma - 1983

20. Edwards, ob. cit. en nota 14, pág. 122.

21. Rudi, ob. cit. en nota 10, pág. 76

cuanta el carácter enunciativo de la norma, será la prudencia del órgano jurisdiccional que establece la custodia y protección del testigo el que fije el alcance de las medidas a tomar.

3.c- Responsable de la gestión

Se pone a cargo de proteger a los testigos en el marco de la normativa sobre narcotráfico al Ministerio de Justicia de la Nación. Para ello, y a través del decreto 262 del año 1998, se creó la Oficina de Protección de Testigos e Imputados que se encuentra bajo la esfera de la Secretaría de Justicia (art. 1). En la norma (art. 5) se menciona a los Ministerios del Interior, de Trabajo y Seguridad Social y la Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación, como las carteras que intervienen especialmente en cuestiones relativas a la sustitución de identidad, nueva ocupación y cambio de domicilio, respectivamente.

En el decreto señala que la Oficina realizará todas las medidas que considere necesarias de protección del testigo “o familiares directos”, tanto para asegurar su salud, su seguridad y bienestar, incluyendo su estado psicológico y adaptación social “mientras persista el peligro” (art. 5). Por un lado se destaca la cobertura de los familiares más cercanos, cuestión que no había sido prevista por la ley de estupefacientes, y por otra parte es de resaltar que no se señala un plazo de tiempo fijo en cuanto a la extensión de la cobertura, ya que la misma subsistirá “mientras persista el peligro”. La intervención de la Oficina no surge por una decisión propia sino que empieza a intervenir a partir del requerimiento que le realiza la autoridad judicial competente (art. 3). Desde el punto de vista administrativo, la “existencia” del sujeto en su calidad de testigo protegido se registrará en un legajo de trámite *secreto* y todas las actuaciones que se realicen en torno a su persona tendrán dicho carácter (art. 3).

Ahora bien, en el art. 6 del decreto, se señala que la puesta en marcha de esta Oficina como las actividades que realicen los Ministerios ya mencionados “no darán lugar al aumento del nivel de financiamiento vigente”. Esto significa que al tiempo de la firma de esta norma se decide crear un área de protección de testigos sin prever una partida presupuestaria mínima indispensable que haga posible su funcionamiento. “Un programa de protección de testigos no es ejecutable con profesionalismo si no cuenta con fondos operativos propios. (...) Al respecto, participamos del criterio de que para los programas de protección de testigos, imputados y agentes encubiertos y demás fuentes informativas, se hace preciso la constitución de un patrimonio afectado a esta finalidad, como, por ejemplo, el “fondo permanente de protección contra el terrorismo internacional” de tres millones de pesos, para pagar las recompensas por informaciones sobre los atentados perpetrados contra la Embajada del Estado de Israel y la Asociación Mutual Israelita Argentina (dtos. 2023/94 y 1340/96 o la previsión de una expresa partida presupuestarias anual, como la contemplada para la asistencia económica del Estado nacional a las provincias con centros públicos de recuperación de adictos a los estupefacientes (art. 42, ley 23.737)”²².

4- La sanción al delator

El art. 31 (sextes) de la ley de narcotráfico es otro de los agregados de la reforma (ley 24.424) que busca persuadir de un posible accionar desleal o negligente a quienes tienen a su cargo la responsabilidad de velar por la seguridad del testigo protegido y guardar secreto acerca de sus nuevas condiciones de vida. Es la sanción que le cabe a quien delata al testigo protegido. Su redacción establece: “El funcionario o empleado público que indebidamente revelare (...) la nueva identidad o el domicilio de un testigo imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua. El funcionario o empleado público que por impudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de 1 a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años”.

Como se puede observar el sujeto activo es calificado. No será autor de este delito quien no sea funcionario o empleado público. Si alguna otra persona diera la información reservada no sería penado por tal conducta. La figura se orienta hacia quienes están a cargo o conocen, por cumplir una función ligada a la protección del testigo, la nueva realidad que se pretende mantener en resguardo. La acción típica es “la indebida revelación”, ya sea de la nueva identidad del testigo o del domicilio en donde se encuentra. Es evidente que sacar a la luz uno o ambos datos atentará inevitablemente contra el esquema de protección montado sobre el testigo.

La figura puede ser dolosa, como ya se pudo ver, o culposa, entendiéndose en este último caso que el deber de cuidado que les cabe a quienes tienen la misión de custodia y protección es imprescindible para cumplir con el objetivo.

22. Rudi, ob.cit. en nota 10, pág. 48

Capítulo IV - Denunciante anónimo

1- En la Ley de Narcotráfico

2- En el Código Aduanero

1- En la Ley de Narcotráfico

Señala el art. 34 bis de la ley de narcotráfico (según la reforma de la ley 24.424): "las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del código aduanero, se mantendrán en el anonimato". El fin de la norma es el de promover la denuncia de los hechos que la ley reprime, garantizándole a quienes lo hacen el resguardo de su identidad.

Esta posibilidad colisiona con lo establecido por el Código Procesal Penal de la Nación que establece que el funcionario en cuestión (ya sea el juez, el fiscal o la policía) comprobará y hará constar la identidad del denunciante (art. 175) y éste deberá firmar la presentación que haga por escrito o el acta que se labra si la denuncia es verbal o el poder si denuncia a través de un representante. Esto a los fines de verificar que el sujeto no denuncie a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano lo cual está prohibido salvo que el delito fuera ejecutado en perjuicio de él mismo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo ("denuncia prohibida", art. 178) que la denuncia sea seria y a los efectos de asegurar una eventual responsabilidad penal ante los casos de falsa denuncia (art. 245 C.P.) o calumnia (art. 109 C.P.).

En principio se supone que el denunciante no será anónimo en ningún caso para el preventor, el órgano judicial o el representante fiscal que instruye las actuaciones. Sin embargo, esto no es del todo aclarado por la letra de la ley. Rudi caracteriza esta denuncia diciendo que es aquella, "cuya intervención empieza y finaliza generalmente con la primera comunicación, es decir, no es prueba judicial sino fuente informativa para la recolección de pruebas", y agrega para justificar el instituto: "Hay que considerar que estos denunciantes son comúnmente personas vecinas de las detenidas, y que, de serles revocado el anonimato, podrían sufrir represalias ellas o sus familiares, y deberían ser colocadas en el programa de protección de testigos, que se vería así rápidamente superpoblado, generando una doble dificultad".²³

Sería anónima la denuncia cuando el desconocimiento de la identidad del denunciante también alcanza a la autoridad que toma la denuncia, la cual no tiene, ni siquiera, el mínimo registro de datos acerca del autor de la denuncia, (el ejemplo típico es de las "llamadas telefónicas anónimas" que no generan una apreciación judicial pacífica). D'Albora reflexiona con respecto a este supuesto:

"... desde el punto de vista ético, la denuncia anónima jamás será un instituto encomiable. Con todo, el derecho positivo vigente exige no descalificarla de antemano y revisar criterios anteriores, quizás teñidos de un excesivo rigor formal"²⁴.

Y en concreto, sobre la autorización que da la ley de narcotráfico, considera que se trata de una "excepción a la regla que impone consignar los datos del denunciante"²⁵. Edwards, por su parte, prefiere llamar al instituto "reserva de la identidad del denunciante, lo cual implica conocer la identidad del mismo, pero manteniéndola en secreto".²⁶

A favor de esta interpretación, Mc Intosh opina: "Entonces, los datos filiatorios del denunciante deben reservarse fuera del expediente, aún cuando éste no lo solicite ("se mantendrán en el anonimato")"²⁷. No es una facultad del denunciante pedirlo sino una imposición que establece la norma y que debe cumplir el funcionario que recibe la denuncia. Lo que no se establece es donde se asientan los datos del denunciante anónimo y de que manera se los resguarda de filtraciones.

2- En el Código Aduanero

Es de apreciarse que en la redacción del art. 34 bis de la ley de narcotráfico se menciona el art. 866 del código aduanero extendiéndose a dicha norma el anonimato para el denunciante. En esa figura del régimen penal aduanero se pune el contrabando (que legalmente se define como cualquier acto u omisión que impida o dificulte, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones) de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración. La ley de narcotráfico también castiga una conducta referida a la introducción de estupefacientes al país, aunque la tipicidad es diferente a la del código aduanero, ya que reprime la

23. Rudi ob.cit. en nota 10, pág. 179

24. D'Albora, ob.cit. en nota 9, pág. 349

25. D'Albora ob.cit. en nota 9, pág. 349

26. Edwards, ob.cit. en nota 14, pág. 124

27. Mc Intosh, María Cecilia, "El valor probatorio de las declaraciones prestadas bajo reserva de identidad en la instrucción penal y en el marco de la ley que reprime la tenencia y el tráfico de estupefacientes", El Derecho - 29 agosto de 1997

entrada de estupefacientes al país ya sea fabricados o en etapa de elaboración y materias primas para tal fin, “habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso” (art. 6, Ley 23.737).

Pero volviendo a la cuestión de la denuncia anónima, el código aduanero tiene su propia norma al respecto: “Cuando el denunciante lo solicitare, el administrador dispondrá la reserva de su identidad y, en su caso, las constancias que se establecieron en el sumario se harán de manera tal que no pueda inferirse la persona del mismo”,²⁸ (art. 1083). Como se observa, este precepto es semejante al previsto por la ley de narcotráfico pero no idéntico. En el proceso por infracciones aduaneras el denunciante **puede** “solicitar” la “reserva de identidad”, mientras que en la ley de narcotráfico se le **impone** el “anonimato”. En el primer supuesto es optativo para el denunciante, mientras que en el segundo es imperativo, para quien toma la denuncia, mantener en el anonimato al denunciante.

Asimismo, el código aduanero es explícito en cuanto a que el denunciante, aunque se preserve su identidad, es registrado en el sumario, es decir su identidad no es desconocida por la autoridad que recibe la denuncia en dicha calidad. Este aspecto no está mencionado en la ley de narcotráfico con lo cual se puede considerar a) que dicho punto está implícito y la autoridad, de cualquier manera, debe confeccionar un registro secreto o confidencial de la identidad del denunciante; b) que no se presume, por estar ausente en la norma, la necesidad o la obligación de tomar los datos del denunciante anónimo. Lo más razonable sería adoptar la primera de las opciones a fin de evitar la posibilidad, llegando a un extremo hipotético, de *inventar* –“plantar”- un testimonio o un testigo aprovechando la inexistencia de registro alguno.

Capítulo V - Testigo de identidad reservada

1- Concepto. Vacío legal.

2- La creación judicial.

Caso AMIA (segunda parte)

3- Instrucción y Juicio

4- Distinción

1- Concepto. Vacío legal

Se entiende por testigo de identidad reservada a quien declara judicialmente en dicho carácter sin que se de a conocer, o reservando por algún medio, sus datos personales; su real identidad.

La legislación nacional, en general, no contempla la figura del testigo de identidad reservada en el proceso penal. Por el contrario, el Código Procesal Penal de la Nación, dispone que el testigo debe ser identificado previo a su declaración. “El juez interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con los partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad”, (art. 249, segundo párrafo). Análogamente, la mayoría de los códigos procesales provinciales establecen la *Forma* de declaración del testigo de manera similar.

Una excepción lo constituye el Código Procesal Penal de Jujuy que en su art. 208 bis señala:

“Iniciada la instrucción el juez podrá reservar la identidad de aquellas personas que, pudiendo aportar cualquier tipo de datos a la investigación, así lo requieran por fundado temor respecto a su vida, integridad personal, honor o bienes, o los de sus familiares. (...) Las actuaciones complementarias con los dichos del testigo, mas no la identidad del mismo, sólo podrán ser consultadas por la defensa en los términos y bajo las previsiones de lo dispuesto en el art. 208, ap. 2 in fine del Código Procesal Penal. Si se dispusiera la elevación de la causa a juicio, el juez agregará al expediente principal las actuaciones complementarias que serán siempre reservadas...”²⁹.

Es oportuno recordar que el derecho procesal es una potestad propia de cada provincia y es válido siempre y cuando no sea declarado inconstitucional.

2- La creación judicial.

El caso AMIA (segunda parte)

En el capítulo II se glosó un artículo periodístico y una serie de resoluciones de carácter político referidos al juicio que se lleva adelante por el atentado terrorista perpetrado en el año 1994 contra la sede de la AMIA.

28. Edwards, Carlos Enrique, “Régimen penal y procesal penal aduanero”. Ed. Astrea – 1995.

29. Portal Jurídico Argentino, www.jus.gov.ar

En este punto, el caso será abordado nuevamente ya que cuenta con elementos de sumo interés para el análisis del instituto de testigos de identidad reservada.

En el plano judicial, aparece como un dato “extraordinario” (no valorativamente sino por oposición a “ordinario”) la decisión del Juez Federal de dicha causa, el Dr. Juan José Galeano, de dotar de “identidad reservada” a un grupo de personas que prestaron testimonio en la causa, los cuales se encuentran registrados bajo rótulos en clave, con tan solo una letra, como por ejemplo “testigo C”, sin ser identificados con sus verdaderos nombres y volcadas las declaraciones en un legajo separado del expediente, con el objeto de preservar su seguridad.

En la resolución, el juez justifica su decisión afirmando que “la presente investigación no se limita a un simple hecho delictivo”, sino que se trata de un caso que: “...ha repercutido en la seguridad interna de nuestro Estado”, y agrega: “Tales circunstancias permiten deducir que los aquí investigados no dudarán en asegurarse su impunidad, lo cual impone como de vital importancia garantizar la integridad física de los sujetos en cuestión”. Lo precedente es parte de la argumentación que realizó el juez instructor y por la cual decidió recibir la declaración testimonial de un testigo bajo *resguardo de identidad* del declarante, al que califica como una persona con “información de vital importancia para la presente investigación”³⁰.

El problema, o si se prefiere la clave de un debate posible, es que el planteo del juez no tenía (ni tiene al día de la fecha) marco legal, lo cual él mismo reconoce: “... no se encuentra reglamentado un efectivo y moderno sistema de protección para utilizar en casos excepcionales, como en concreto sucede con esta investigación”.

Es así como *construye* una solución valiéndose en sus citas de los institutos de protección que emanan del Código Procesal Penal (art. 79), la Ley Nacional de Narcotráfico (art. 33 bis), y un antecedente jurisprudencial (C.C.C. sala I, c. 27.376 “Pacífico”) en el que se destaca un párrafo que reza: “la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de la prueba...”. Luego de estas consideraciones arriba a la conclusión ya aludida.

No obstante, al llegarse a la etapa del juicio oral, el Tribunal que lleva adelante el proceso determinó que los testigos que habían declarado bajo identidad reservada durante la instrucción dieran a conocer su verdadera identidad.

Instrucción y Juicio

Esta secuencia 1) aceptación del testigo de identidad reservada en la instrucción o sumario y, 2) levantamiento de la reserva de identidad en el juicio o plenario, es frecuente en la jurisprudencia nacional sobre esta cuestión, como quedó planteado en la causa AMIA y como podrá apreciarse más adelante. Esto se explica porque la instrucción sumarial es concebida como la fase *preparatoria* para el verdadero juicio posterior y por ende lo que se buscan son evidencias suficientes para la eventual elevación. En esta etapa los medios de prueba son amplios, -“La regulación que hace el Código de los medios de prueba, no suprime la regla general contenida en él, según la cual el juez puede elegir el medio probatorio más adecuado y orientar sus investigaciones conforme a su criterio”³¹- y el juez tiene una actuación *técnicamente discrecional* -“En el período instructorio el juez a cargo de la investigación no se encuentra atado a una regulación pautada por etapas, como ocurre en el período de juicio. (...) Toma las medidas más apropiadas según su criterio: esto es ‘discrecionalidad’. (...) en la adopción de ellas lo hace actuando conforme una regulación legal, por ello es ‘técnica’. Resultado: la instrucción es técnicamente discrecional”³².

En cambio en el juicio “rigen los principios más importantes concernientes a la oralidad, contradicción, amplia garantía en la defensa, previstos en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica. En igual sentido el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”³³, afirman Donna-Maiza, quienes a su vez citan a Maier que se refiere al debate en el juicio oral como “... el eje central del procedimiento principal o juicio plenario, por ello su desarrollo es tan importante, adecuado a reglas jurídicas inalterables, que en caso de no ser observadas provocarán la nulidad de la sentencia...”³⁴. Otra característica de la etapa de juicio es la inmediación, lo que equivale a un contacto directo entre las partes y la prueba. Abalos señala que “Si la prueba es testimonial, se presenta una lista de testigos con las condiciones personales conocidas”³⁵. Luego se refiere a la posibilidad de no citar a los testigos al debate conformándose con las declaraciones realizadas en la instrucción y apunta: en primer lugar debe haber conformidad de las partes y el Tribunal aceptarlo, y más allá de eso aclara: “... no se podrá incorporar por lectura las declaraciones testificales si no han sido

30. Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 9, causa n° 1156 (AMIA), fojas 6170/71/72 (Ver Apéndice)

31. Donna-Maiza, ob.cit. en nota 3, pág. 253

32. Moras Mom, ob.cit. en nota 4, pág. 153

33. Donna-Maiza, ob.cit. en nota 3, pág. 417

34. Citado de Maier, Julio “La Ordenanza Procesal Penal Alemana”, tomo II, pág. 193.

35. Abalos, ob.cit. en nota 2, pág. 785

practicadas conforme a las reglas de la instrucción". Reglas, que cabe agregar, suponen para los testigos el dar su identidad según lo exige el Código Procesal Penal (art. 249).

En síntesis, las implicancias son distintas entre lo que define el sumario y lo que eventualmente se resuelve en el juicio oral. En el sumario la certeza buscada es de grado menor que aquella que exige una sentencia definitiva, y tomando a Mc Intosh que a su vez cita a Soto Nieto: "En un proceso sano el hecho se ofrece como probable a la iniciación, posible al instante del procesamiento, provisionalmente cierto a la hora de la primera calificación, eventualmente cierto al formularse la calificación, eventualmente cierto al formularse la calificación definitiva y radicalmente cierto en el momento de la sentencia de condena"³⁶.

4- Distinción

Para evitar confusiones, a esta altura es imprescindible diferenciar los institutos "protección de testigos", por un lado, y "testigo de identidad reservada", por otro. El primero, como ya ha sido visto, está ampliamente legislado, tanto en normas de alcance general (C.P.P.N.) como en normas específicas (Ley de Narcotráfico) y la necesidad de contar con uno más sistemas de esta tipo es, genéricamente, aceptado pacíficamente. El segundo instituto, salvo la excepción ya apuntada del código procesal jujeño, no está legislado puntualmente, y su aplicación es blanco de cuestionamientos en torno a su constitucionalidad y validez procesal.

D'Albora considera que "Ocultar los datos personales impide el control de la prueba por los interesados y afecta el ejercicio cabal de la defensa en juicio"³⁷. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en nuestro país tiene rango constitucional señala que toda persona "... acusada de delito tiene derecho en plena igualdad 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", (art. 14.3 P.I.D.C.P y art. 75, inc. 22, párrafo segundo C.N.)

Para Zaffaroni las declaraciones de los testigos de identidad reservada "son un mero indicio, porque al no saberse la identidad del testigo no puede evaluarse la fuerza convictiva de sus declaraciones, es decir, la verosimilitud o no de lo que dice". El jurista también traza una comparación con el testigo protegido: "Una cosa es un testigo de identidad reservada y otra cosa es un testigo protegido. Si yo no sé quien es el testigo no puedo criticar el valor del testimonio. Por supuesto que se puede preservar la identidad del testigo hasta el momento del juicio oral, pero en ese momento tengo que revelarla. El testigo protegido es otra cosa: es un testigo cuya identidad se conoce pero al que se protege antes y después de prestar testimonio y al que eventualmente se le puede cambiar el nombre y el domicilio para que después de declarar pueda vivir seguro. El testigo de identidad reservada es el mismo caso de los "jueces secretos", donde no se sabe quien está juzgando"³⁸.

Ahora bien, a pesar de la falta de regulación en la materia, su aplicación es utilizada (en determinados casos) y justificada (parcialmente) por parte de la justicia penal, como se pudo observar en el punto precedente y como se verá a continuación.

Capítulo VI - Derechos en conflicto

La jurisprudencia, según una definición posible, "se refiere, en términos generales, al sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado"³⁹. También se la concibe como la "Doctrina emanada de las resoluciones de los tribunales"⁴⁰, o "La interpretación de la ley por los tribunales. En este sentido, se dice que la jurisprudencia es fuente de derecho"⁴¹.

A continuación se verá cual es la "doctrina" que emana de los tribunales en torno a los institutos de protección de testigos; cual es "la interpretación de la ley" que realizan los tribunales sobre esta materia y se podrá inferir, al término del capítulo, que no existe en este tema "un sentido concordante" en las resoluciones de los jueces. En este punto, y a través de la síntesis de distintos fallos, se podrá apreciar como es evaluado el instituto de protección de testigos en el ámbito judicial y, puntualmente, como en la práctica judicial –en los hechos- se utiliza la reserva de identidad a pesar del vacío legal que existe al respecto.

36. citado por Mc Intosh, ob.cit. en nota 27, pág. 6.

37. D'Albora, ob. cit. en nota 27, pág....

38. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Caso AMIA Reportajes, 16/10/2001. www.diariodeljuicio.com

39. Aftalión-Vilanova-Raffo, "Introducción al Derecho", 3ra. Edición. Ed. Abeledo-Perrot - 1999

40. Diccionario jurídico, www.lexconsultor.com

41. Diccionario jurídico, www.euba.org.ar

1) Afrenta al Debido Proceso

La siguiente resolución se vincula a la posibilidad, o no, de aceptar testigos de identidad reservada en el marco de un delito contra la Seguridad Pública.

“Este Tribunal advierte la inadmisibilidad de testigos de identidad reservada para un proceso seguido por infracción al art. 189 bis del C.P., por cuanto (tal protección) es una figura de emergencia procesal contemplada en el marco represivo de la ley de estupefacientes, en cuyo contexto –además– se prevé la protección del testigo que declara legalmente y no la reserva de su identidad en su deposición.

*La admisión del testigo con la reserva de su identidad sin la previsión emergente de una normativa penal sustantiva que la motive y sustente, contradice las reglas contenidas en el art. 139, 2° del C.P.P. en afrenta directa a la garantía del debido proceso legal, contemplada en el art. 18 de la C.N.*⁴².

Como se puede observar, en este caso se rechaza al testigo de identidad reservada, porque la Cámara entiende que no está prevista la aplicación analógica para los delitos contra la Seguridad Pública. El Tribunal se encarga de aclarar que ni siquiera en la legislación específica sobre protección de testigos (Ley de narcotráfico) se prevé el mecanismo de “identidad reservada” y que su aplicación entraña un ataque a la garantía constitucional del debido proceso legal.

2) Denunciante oculto

Aquí también se impide una utilización analógica, en este caso del instituto de denuncia anónima, al señalarse que no puede ser extensiva esta clase de denuncia al resto del Código Procesal Penal (la ley 23.984 es justamente la ley de reforma del código ritual).

*“El anonimato para el denunciante tiene el claro fin de estimular la denuncia de hechos que pudieran caer dentro de las previsiones de la ley 23.737, por lo que se infiere, conforme lo establecido en el art. 34 bis de la normativa citada, que está excluida su aplicación en el ámbito de la ley 23.984”*⁴³.

N de R: la sala ratifica su criterio anterior con otra integración (Dres. Donna-Navarro c. 15.330 Serpa M 18/4/2001) en donde había dicho que: *“Es obligación de los magistrados ajustarse a la ley, salvo que declaren su inconstitucionalidad, de modo que al crear un procedimiento inexistente, violando expresamente la ley debe sancionarse de la manera antes dicha. No se puede dejar de señalar que tales pruebas tampoco han tenido el control de la defensa por lo que mal pueden ser utilizadas en contra del imputado”*.

3) Evidencia

En el extracto de la siguiente sentencia se repele el pedido de nulidad de una declaración testimonial recibida bajo reserva de identidad, infiriéndose una posición favorable al instituto no legislado, aunque acotando su valor procesal...

*“No es nula la testimonial recibida bajo reserva de identidad en un sumario penal bajo tal modalidad (inicialmente contemplada por la ley 23.737 para los ilícitos allí reprimidos) siempre y cuando se las tome en cuenta como fuente de eventuales evidencias, mas no como medio de prueba”*⁴⁴.

Aquí la justicia le otorga validez a la declaración del testigo de identidad reservada estableciendo que solo tiene valor de indicio, que jurídicamente se define como “El rastro, vestigio o señal de algo que no se conoce. Conjetura derivada de un hecho. **El indicio no es una prueba**, sino un simple dato que permite vislumbrar la indagación y descubrimiento de un hecho. Para el procesamiento de una persona se precisa al menos la existencia de algún indicio racional de criminalidad”⁴⁵.

4) Constitucional

El presente fallo es análogo al anterior en cuanto a legitimar el sistema de identidad reservada, pero va más allá en su apreciación al rechazar su inconstitucionalidad.

*“No se considera contrario a las normas constitucionales el resguardo de la identidad del testigo, pues la determinación de su personalidad no resulta esencial para la resolución de la causa o para decidir acerca de su validez, ni compromete a la defensa o sus eventuales cursos de acción, ni la posibilidad de confrontación e interrogación oportuna de los testigos, sin perjuicio de lo que corresponda resolver en la etapa eminentemente contradictoria del juicio”*⁴⁶.

Como ya ha sido señalado, hay una tendencia en aceptar el testimonio brindado bajo reserva de identidad en la instrucción, más allá de las consideraciones que luego se hagan en la etapa de juicio oral. Esta

42. Cám.Fed. Mar del Plata, expte. 1794/1, INCIDENTE DE NULIDAD, 28/12/99 – J.P.B.A., tomo 109, pág. 73

43. CNCRIM, sala I, causa 15.915, MANDARADONI, S. 28/11/2001 – JPBA, tomo 117, pág. 23

44. CNCRIM. Sala V, causa 12.694, CABELLO, S. 17/12/99 – JPBA, tomo 109, pág. 114

45. Diccionario Jurídico, www.lexconsultor.com

46. CCCF. Sala I, causa 30.650, CHEOL HYUN NAM. 22/4/99. JPBA, tomo 107, pág. 127

decisión se puede sustentar en el principio de libertad probatoria: “El Tribunal deberá guiarse por los medios de prueba establecidos en el Libro II del Código, pero también podrán apartarse de ellos en virtud del principio de que todo se puede probar y por cualquier medio de prueba que sea legal...”⁴⁷.

5) Vale como denuncia

En este fallo se cuestiona la declaración de una serie de testigos bajo reserva de identidad pero se fija la posibilidad de salvar esta situación equiparándolos a los denunciantes que, en el marco de la ley de estupefacientes, si pueden quedar en el anonimato.

“La normativa vigente no instrumentó específicamente la posibilidad de dejar en reserva la identidad de los testigos, pues el dispositivo legal del art. 33 bis de la ley 23.737 sólo habilita en ese ámbito a disponer las medidas especiales de protección del testigo que el juez estime adecuadas, inclusive la sustitución de su identidad y el cambio de domicilio y ocupación, una vez que existiera la fundada presunción de un peligro cierto para la vida o la integridad física de su persona lo cual, obviamente, supone la previa constancia de su identificación con el debido conocimiento de las partes procesales.

Si bien la decisión del “a quo” de emplazar inicialmente a los convocados como testigos y luego reservarles la identidad es una instrumentación indebida, ésta puede ser salvada si el tenor de las versiones rendidas indican que la naturaleza de los actos está impregnada de una verdadera denuncia, en tanto ponen en conocimiento del órgano judicial la noticia que el imputado comercializa droga, por lo que las deposiciones en cuestión revisten el mismo carácter del acto que sustentó la versión del denunciante anónimo en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737⁴⁸.

6) Válido hasta el debate

En esta resolución se desestima, en una causa por narcotráfico, un pedido de nulidad contra la aceptación de un testigo de identidad reservada pero, una vez más, se aclara que en el Juicio Oral dicho testigo deberá declarar dando a conocer su identidad.

“La protección física a los testigos es materia discrecional del juez y no afecta el derecho de defensa el desconocimiento de su identidad pues podrán ser rebatidos y eventualmente confrontados en forma personal, en la etapa del debate⁴⁹.”

7) Sin valor probatorio

En este recurso de apelación se ataca severamente el instituto de identidad reservada.

“Corresponde revocar el auto de procesamiento que se funda en un único elemento de cargo: la declaración de una persona de identidad reservada en tanto los demás elementos mencionados por el juez “a quo”, no tienen ningún alcance incriminatorio.

Esa declaración (de la que no hay constancia escrita en el legajo remitido “ad effectum videndi” en el caso) cualquiera sean sus términos, carece de valor probatorio. La ley procesal establece que las declaraciones de testigos deben recibirse interrogándolos previamente sobre su nombre y apellido así como sobre varios otros datos identificatorios y sobre las circunstancias que sirvan para apreciar su veracidad (conforme art. 249 CPPN).

La ley rige que rige en materia de estupefacientes contempla el deber de los tribunales de brindar protección a quienes colaboren con la investigación, autorizando a sustituir su identidad, lo que supone la legitimidad de la determinación adoptada en el “sub litem” en cuanto a reservar la identidad de quien habría señalado al encausado, como partícipe del hecho atribuido a otro imputado. Pero esa ley de ninguna manera deroga o deja de lado las disposiciones de la ley procesal vigente. Tampoco establece que la colaboración prestada vaya a ser utilizada como prueba. Eso no obsta, por supuesto, a que se la emplee para fines de prevención del delito o para orientar la pesquisa.

Los recaudos antes mencionados, relativos a la identificación y a la credibilidad de los testigos, resultan esenciales, tanto en la etapa de instrucción previa al debate a la que se refiere el citado art. 249 del código procesal, como en el debate mismo en el que las partes y defensores tienen derecho de interrogar a los testigos (conf. art. 389). Ese derecho está además reconocido en pactos internacionales ratificados por leyes de nuestro país e incorporados a la Constitución Nacional (art. 8 inciso 2 apartado f, de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 inc. 3 apartado “e” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La estricta vinculación de esos resguardos con el debido proceso legal, ha sido establecida por la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo del 20 de septiembre de 1993, (“Saidi c/ Francia”).⁵⁰

47. D’Albora, ob.cit. en nota 9, pág. 827

48. CFSM, Sala II, causa 1487 GOMEZ, M. F. 30/12/1999 – JPBA, tomo 116, pág. 135

49. CNCRIM., sala VI, causa 17.446, LESTA, L.E., 11/10/2001 – JPBA, tomo 117, pág. 106

50. C.N.P.E.C. sala “A”, causa 42.719, CASTIÑEIRAS, H.A., 23/8/99 – JPBA, TOMO 109, págs. 135/136

Es interesante el planteo del primer párrafo, en cuanto a la ausencia de elementos incriminatorios, salvo el “exclusivo” aporte del testimonio reservado. Aquí se plantea el procesamiento de un sujeto por lo que dice alguien que no se sabe quien es; que se desconoce, que es, en todo caso, “un fantasma”, y no hay nada más que reafirme los dichos de este solitario testigo en las sombras. Al respecto es dable citar a Mc Intosh quien en comentario de un fallo análogo -en cuanto al debate sobre la validez o no del testigo reservado- afirma: “Coincidimos en que, no estando específicamente establecida por la ley la posibilidad de la declaración testimonial bajo reserva, la prueba así obtenida no se puede apreciar con toda la fuerza convictiva que tendrían dos testimonios concordantes de testigos insusceptibles de toda sospecha”⁵¹. Se observa un contundente reproche al instituto del testigo de identidad reservada no solo en la etapa del juicio, sino también en la instrucción, reproche que es respaldado por una sólida enunciación normativa, incluido un fallo internacional.

8) Nulidad

El caso “Arteaga” refleja otra categórica resolución en contra del instituto de identidad reservada al considerar nula una declaración testimonial de tales características. “El acto procesal es nulo cuando así se lo declara judicialmente, con motivo de no haberse observado formas determinadas por la ley para su constitución, lo que determina que no produzca ningún efecto jurídico en el proceso. De modo tal que los efectos normales que eventualmente hubiera tenido de haber sido construido regularmente, no pueden ser invocados ni valorados por el juez ni por las partes o cualquier otro interesado”⁵².

“La ley 24424 no instrumentó específicamente la posibilidad de dejar en reserva la identidad de los testigos.

El art. 33 bis de la ley 23.737 (reformada por ley 24.424) sólo habilitó al tribunal para disponer las medidas especiales de protección del testigo que estime adecuadas, inclusive la sustitución de su identidad y el cambio de domicilio y ocupación, una vez que existiera la fundada presunción de un peligro cierto para la vida o la integridad física de su persona. Lo cual, obviamente, supone la previa constancia de su identificación con el debido conocimiento de la partes procesales.

Por el contrario, distinguiendo claramente el tratamiento del denunciante, el art. 34 bis de la ley citada estableció textualmente que “las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el art. 866 del código aduanero se mantendrán en el anonimato, pero no en “reserva”.

Las condiciones personales del testigo “oculto” del art. 33 bis y el conocimiento de las posibles relaciones de interés, afecto u odio que puedan vincularlo con el imputado o con la víctima, constituyen pautas imprescindibles para que los intervinientes procesales y el propio órgano judicial puedan analizar su nivel de credibilidad.

No es posible introducir la asimilación analógica del testigo para acordarle con el denunciante también la posibilidad del anonimato. De así haberlo querido, el legislador lo hubiera declarado expresamente.

Es nula la declaración testimonial recibida “bajo reserva de identidad” por aplicación analógica del art. 34 bis (ley 23.737/24.424) porque todo sujeto que asuma a conciencia el carácter de testigo tiene la carga pública de deponer bajo las formalidades de ley, entre las que cabe considerar a los fines de asegurar el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio, brindar sus datos personales e indicar las relaciones de parentesco y de interés que pudieren mediar con el acusado con el fin de que se pueda apreciar su veracidad (art. 249 CPPN). Tal equiparación lleva a minar absolutamente la específica fuente de convicción cargosa que en uno u otro caso pretendió preservar el legislador.

Verificada la inobservancia de la ley rítmica en el citado aspecto, no corresponde abordar la cuestión constitucional relativa al art. 34 bis al haberse tornado abstracto este agravio”.⁵³

Los fallos presentados permiten hacer una consideración final. El tema de más amplia discusión en los estrados judiciales es el del testigo de identidad reservada. No se discute acerca de “la protección” del testigo, sino puntualmente la “reserva” como medio de ejercerla. En otras palabras, no se discute lo que se encuentra legislado como instituto de tutela del testigo (la protección) sino el mecanismo de protección que no está normado y que, no obstante, ha sido utilizado en algunos casos (la reserva de identidad).

Los fallos permiten apreciar lo que la doctrina denomina “derechos en conflicto”, (rights in conflict) y que en estos casos se centra entre la tutela que merece el testigo y las garantías constitucionales y procesales del debido proceso y el derecho de defensa que le caben a las partes. En torno a ello los tribunales no tienen un criterio común y por ende no se puede hablar de jurisprudencia sobre este tema si se entiende que la misma es el resultado concordante de las distintas resoluciones judiciales sobre una misma cuestión.

51. Mc Intosh, ob.cit. en nota 27, pág. 6.

52. Rubianes, Carlos, “Derecho Procesal Penal”, 5ta. Edición. Ediciones Depalma - 1983

53. Cám.Fed. San Martín, sala II, causa 263, ARTEAGA, M. 22/9/95 – Revista “El Derecho”, 29/8/97

Cabe concluir el capítulo señalando que el criterio generalizado es la no admisibilidad del testigo de identidad reservada como prueba de cargo en el debate, por las objeciones constitucionales que cabe hacerle. Si es admitido en la instrucción, pero no deja de ser una situación de excepción.

Capítulo VII - La oficina (*)

En el Capítulo III, punto 3. c) del presente trabajo se habló de La Oficina de Protección de Testigos e Imputados desde un punto de vista legislativo. En este último capítulo se vuelve a tratar el tema, para referirse a su aplicación. El objetivo es hacer una descripción acerca de las características y el funcionamiento de dicha Oficina, con el fin de analizar como es *realmente*, la protección de testigos. La información que a continuación fue obtenida directamente de La Oficina de Protección de Testigos e Imputados.

Este organismo depende del Ministerio de Justicia de la Nación, dentro de la esfera de la Subsecretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios. En la actualidad está conformada por cuatro integrantes: un director, dos asesores letrados y un colaborador administrativo. Tal como lo prevé la ley, su función es la de proteger a testigos en causas vinculadas con la ley de narcotráfico, exclusivamente. De hecho, no existe a nivel nacional ningún organismo encargado de proteger a los testigos de otra clase de delitos a pesar de lo dispuesto por el Código Procesal Penal de la Nación, (cáp. III “Derechos de la Víctima y el Testigo”) aunque existen proyectos para que sea instrumentado en la Procuración General de la nación. Si los hay a nivel provincial (Buenos Aires, Córdoba, entre otras, tienen oficinas de protección de testigos para toda clase de delitos)

Volviendo a La Oficina Nacional, su intervención no es oficiosa sino que depende del requerimiento judicial. Es el juez el que decide la protección y la Oficina la encargada de cumplir con la demanda. También es la autoridad judicial, y no la Oficina, la que define el momento en que debe cesar la protección. Por su parte, la persona que se incorpora al programa debe dar su conformidad.

En la mayoría de los casos la protección se inicia a partir de la declaración del testigo en la etapa de instrucción. Este, en general, es el punto de partida. En menor escala, la protección puede iniciarse antes, –al tiempo de la denuncia- o después -a partir de la declaración en el Juicio Oral-.

En cuanto a la protección en sí misma, hay distintos niveles de protección. El primero posible es el de **CUSTODIA** en el domicilio del testigo con una discreta vigilancia que puede consistir en la presencia de un patrullero en posición expectante o agentes de “civil” –es decir sin vestir uniforme de la fuerza a la que pertenece-. Es de destacar que en las tareas de custodia pueden participar agentes de cualquiera de las Fuerzas de Seguridad, léase, Policía Federal, Gendarmería Nacional o Prefectura Nacional. Este dato es significativo: hay casos de narcotráfico en los cuales están involucrados integrantes de alguna de las fuerzas mencionadas y de esta forma se evita que el testigo sea, eventualmente, protegido por hombres de la institución a la que pertenecen los agentes sospechados o imputados. En términos gráficos, se trata de no dejar al lobo al cuidado de las gallinas.

El segundo nivel de protección incluye el **TRASLADO** y **MUDANZA** del testigo y, eventualmente, su núcleo familiar (cónyuge, hijos, u otros familiares a su cargo).

Durante el ciclo de protección se les cubren los gastos de manutención (comida y asistencia médica) pero sin entregar sumas de dinero. En estos casos el testigo pasa a residir en un nuevo ámbito: concretamente es enviado a un distrito o provincia diferente al de la locación que se abandona, siempre dentro del país. Al respecto, no existe ningún convenio de cooperación internacional, ni aún regional, para trasladar testigos de causas de narcotráfico – a pesar de tratarse de un delito transnacional- a otros países. En este nivel también hay una custodia que actúa reservadamente y puede ser realizada por personal de la fuerza policial local.

El testigo protegido es alojado en hoteles o viviendas que pertenecen al Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI) o de programas similares de otras provincias. Su ubicación exacta solo es conocida por el personal de La Oficina: ni siquiera el juez o el fiscal de la causa saben su paradero.

Aunque la ley señala que el testigo será reubicado laboralmente la realidad indica que esto no ocurre de manera infalible ya que, en este punto, el aporte que debe realizar el Ministerio de Trabajo carece de la efectividad deseada. No obstante, durante el tiempo en que rige la protección, se prefiere evitar que el testigo pueda llegar a exponerse innecesariamente como podría ocurrir en el caso de incorporarse a un trabajo. Igualmente La Oficina tiene como meta llevar al testigo y su familia a la “autosuficiencia”, con lo cual se

(*) Fuente: Oficina de Protección de Testigos e Imputados – Ministerio de Justicia de la Nación

tiende, por todos los medios posibles, a la obtención de un trabajo que cubra las necesidades del testigo y su familia tras la etapa de protección.

El tercer nivel de protección, el más extremo por cierto, debería ser la **SUSTITUCIÓN DE IDENTIDAD** que fija la ley (art. 33 ley 23.737, según ref. 24.424). “Debería ser” ya que en realidad no hay casos en los cuales se haya llegado a la aplicación de esta medida. En primer lugar porque, en general, no fue necesario. En segundo orden, porque en La Oficina se reconoce las severas dificultades prácticas que trae aparejado activar una medida de esta magnitud. Se trata de “crear” una nueva identidad en todo sentido. Hacer “morir” y “renacer”, en términos de derecho, una nueva persona. Esto implica modificar o suprimir **toda** la documentación original del testigo (y la de parte de sus familiares también) y por ende alterar los asientos respectivos, lo que en los hechos es jurídica y fácticamente impracticable.

A cambio de esta última ratio, en los hechos irrealizable, lo que se ha previsto en dos (2) casos fue la sustitución la **IDENTIFICACION** del testigo protegido. Según se informó, se les otorgó un nuevo Documento Nacional de Identidad (DNI) aunque no se brindaron más detalles sobre la forma en que se materializó esta singular medida por tratarse de información reservada.

En relación a los testigos protegidos, la mayoría tiene *algún punto de contacto*—no fue especificado cualcon el hecho ilícito o los imputados. Por su parte, en una minoría de los casos, ocurre que el testigo sea a su vez imputado de la causa.

Conclusiones

La protección de testigos en el proceso penal constituye un instituto indispensable de política criminal que aún se encuentra en una etapa embrionaria tanto en el plano legislativo como en su aplicación concreta.

Al presente y a nivel nacional, solo para los delitos del narcotráfico se contempla la protección de testigos de manera concreta. Es de esperar que en el futuro se contemple una reforma legislativa que extienda la protección a la situación de peligro para el testigo y su familia en relación a cualquier clase de delitos. Tanto como ocurre con el narcotráfico, otras actividades criminales presentan características similares en lo que hace a organización, transnacionalidad, recursos técnicos, humanos y económicos para alcanzar sus metas ilícitas. Sin la constante búsqueda y aplicación de herramientas legales será altamente probable su impunidad. El terrorismo, los delitos económicos e informáticos, la trata de personas (o “blancas”, como habitualmente se dice), son algunos ejemplos de delitos en los cuales podrían surgir testigos dispuestos a hablar si se les garantizara la protección necesaria.

Cuando en 1970 se instauró en Estados Unidos el programa federal de protección de testigos con la finalidad —inicial— de atacar las actividades ilícitas de la mafia, casi en forma instantánea hubo una masiva presentación ante las autoridades judiciales de más de 5000 arrepentidos que terminaron por brindar testimonios que descabezaron a varias “familias”⁵⁴. En Colombia, un país atravesado por un virtual estado de guerra civil y el poderío de los carteles de la droga, el Programa de Protección de Testigos y Personas Amenazadas, le dio cobertura a 2.344 personas en el año 2001. En el 2000 había protegido a 880 personas y el año de su creación, 1999, a 177 ciudadanos⁵⁵.

Incluso en delitos de sangre o secuestros extorsivos sería provechoso “asegurar” a los testigos. La provincia de Buenos Aires es una jurisdicción ineludible en este aspecto. La Oficina de Protección de Testigos, coordinada por la Secretaría de Policía Judicial y Política Criminal de la Procuración General de Justicia, protege a testigos de toda clase de delitos en tanto “medie presunción cierta de peligro y las circunstancias lo justifiquen”.

Otro asunto, que debe considerarse como pendiente es el de la Cooperación internacional. “En la nueva era de la mundialización, las fronteras se han abierto, las barreras comerciales han caído y la información se transmite rápidamente por todo el mundo al alcance de una tecla. Los negocios están floreciendo... y también lo está la delincuencia organizada transnacional”⁵⁶. En este marco, la ausencia de convenios de asistencia internacional o regional para testigos de delitos que no tienen fronteras, sobre todo en lo que hace a la posibilidad del “traslado” como medida de aseguramiento, constituyen un capítulo pendiente en la materia.

En el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente realizado en Viena el año 2000 se destacó la necesidad de la cooperación internacional ante el auge de

54. Revista La Maga, “El largo brazo de la mafia”, www.lamaga.com.ar

55. Fuente: Ministerio de Defensa de Colombia, www.mindefensa.gov.co

56. Comunicado de prensa, 5/4/2000, Centro de Información de las Naciones Unidas – www.onu.org

la delincuencia organizada transnacional. En cuanto a los testigos, en el punto 27 de la “Declaración de Viena sobre delincuencia y justicia: frente a los retos del siglo XXI”, declaró: “Decidimos establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas (...) además de formular y ejecutar políticas de protección de los testigos”⁵⁷.

En relación a la problemática del testimonio brindado “bajo reserva” de identidad, al igual que otras figuras que se generaron en los sistemas procesales extranjeros para combatir nuevas modalidades delictivas, no pueden ser incorporadas a nuestro derecho tras un mero análisis de conveniencia. Habrá de estudiarse con especial cuidado su conformidad a los derechos constitucionales y a los principios que definen un sistema como tal.

No obstante lo antedicho, se debería analizar la posibilidad de reglarlo para la etapa de instrucción, como de hecho ocurre, de tal forma de evitar la incertidumbre que genera su aplicación en la actualidad. Hoy se aplica, en parte por el principio de libertad probatoria, en parte por la opinable atribución que de manera tácita estaría otorgando la ley de narcotráfico para esta clase de delitos al señalar que “el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.” En cuanto a la posibilidad de mantenerse durante el Juicio Oral, no resulta viable ya que en dicha etapa los principios constitucionales del debido proceso y legítima defensa no pueden ser vulnerados bajo ningún aspecto. Nunca una sentencia condenatoria podría fundarse en elementos de prueba que no han sido legalmente confrontados.

En síntesis, se debería contemplar la protección de testigos en sentido amplio, para cualquier delito, en tanto y en cuanto exista riesgo para la vida del testigo o las circunstancias así lo requieran, y siempre que su testimonio sea relevante para el proceso. La reserva de identidad, después de un cuidadoso análisis, podría ser autorizada de manera explícita, pero sólo para la etapa del sumario. Llegado al Juicio Oral, el testigo debe dar a conocer su identidad para cumplir con los principios constitucionales y la legislación procesal. Tras declarar se debe asegurar su protección con el traslado, la custodia y la asistencia médica, psicológica y económica, durante el tiempo que sea necesario mientras haya riesgo para su vida o la de los suyos.

Como quedó dicho, las nuevas modalidades delictivas requieren reformular la política criminal, pero es necesario tener presente que tales innovaciones deben ser el resultado de un estudio metódico, elaborado e integral. Dicha técnica es imprescindible para una incorporación racional de nuevas herramientas legales de tal modo de no caer en la tentación de “reaccionar” tan solo por alguna situación concreta, por muy significativa que sea.

Finalmente, es necesario reflexionar que la absorción de institutos procesales provenientes de otros países y otras legislaciones implica verificar su compatibilidad con nuestro sistema jurídico-constitucional.

57. www.un.org/spanish/conferences/Xcongreso/ (ver anexo)

Bibliografía

- Abalos, Raúl W., *Código Procesal Penal de la Nación* -tomo I-, Santiago de Chile, Ed. Jurídicas Cuyo, 1994.
- Aftalión-Vilanova-Raffo, *Introducción al Derecho* –tercera edición-, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1999.
- Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal* –tomo III-, Bs. As., Ediar S.A. Editores, 1963.
- Creus, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Bs As, Ed. Astrea, 1996.
- D'Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación* –quinta edición-, Bs. As., Lexis Nexis, 2002.
- Donna, Edgardo & Maiza, María Cecilia, *Código Procesal Penal*, Bs. As., Ed. Astrea, 1994.
- Edwards, Carlos Enrique, *Régimen Penal y Proceso Penal Aduanero*, Bs. As., Ed. Astrea, 1995.
- Edwards, Carlos Enrique, *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*, Bs. As., Ed. AdHoc, 1996.
- Gorphe, Francois, *La Crítica del Testimonio* –quinta edición-, Madrid, Instituto Editorial Reus S.A., 1971.
- Laje Anaya, Justo, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino* –tercera edición-, Bs. As., Ed. Marcos Lerner, 1998.
- Mc Intosh, María Cecilia, *El valor probatorio de las declaraciones prestadas bajo reserva de identidad en la instrucción penal y en el marco de la ley que reprime la tenencia y el tráfico de estupefacientes*, Bs. As., Revista “El Derecho”, 1997.
- Moras Mon, Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1993.
- Rubianes, Carlos, *Teoría General de los Procesos Penal y Civil* –tomo I, quinta reimpresión-, Bs. As., Ed. Depalma, 1983.
- Rudi, Daniel Mario, *Protección de Testigos y Proceso Penal*, Bs. As., Ed. Astrea, 2002.

Sitios de Internet consultados

www.ocarm.org
www.marianistas.org
www.jus.gov.ar
www.lexconsultor.com
www.euba.org.ar
www.onu.org

Diarios y revistas consultados

Clarín (www.clarin.com.ar)
Diario Judicial (www.diariodeljuicio.com)
Revista La Maga (www.lamaga.com.ar)

Otras fuentes

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.
Ministerio de Defensa de Colombia (www.mindefensa.gov.co)