

La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH

Rafael Alcácer Guirao

Universidad Rey Juan Carlos

*Abstract**

El derecho a la contradicción, recogido en el art. 6.3 CEDH como el derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él, constituye uno de los pilares del proceso penal en un Estado de Derecho, tanto por ser una herramienta esencial de la defensa como por su virtualidad para evaluar la fiabilidad de las pruebas testificales. La reciente Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011, dictada en el asunto Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, ha devaluado su carácter de regla esencial del proceso, pasando a entenderlo como un principio susceptible de ser sometido a la ponderación con otros intereses.

The confrontation right, contained in article 6.3 ECHR as the right of the accused to cross-examine witnesses testifying against him, constitutes one of the pillars of the criminal justice process in a Rule of law, both as an essential tool of Defense as for its potentiality to assess the reliability of the depositions. The recent ruling of the ECHR (Grand Chamber) of 15 December 2011, issued in case Al - Khawaja and Tahery c. United Kingdom, has undermined its role of essential criminal process rule, to understand it as a principle that is liable to be undergoing the weighting with other interests.

Das Konfrontationsrecht, enthalten in Artikel 6.3 EMRK wie das Recht des Angeklagten, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, stellt eine der Säulen der Strafprozess in einem Rechtsstaat, beide als ein wesentliches Instrument der Verteidigung als auch für seine Potenz zur Bewertung der Zuverlässigkeit von den Aussagen. Das jüngste Urteil des EGMR (große Kammer) des 15. Dezember 2011, ausgestellt für den Fall Al - Khawaja und Tahery c. Großbritannien, hat die Rolle des Rechts auf konfrontative Zeugenbefragung abgewertet, soweit die im Art. 6 III d EMRK enthaltene Gewährleistung nicht mehr den Status einer Regel aufweist und zu einem Prinzip wird, welches in der Abwägung der entgegenstehenden Interessen untergeordnet wird.

Title: Undermining the confrontation right in the ECHR doctrine

Titel: Abwertung des Konfrontationsrechts im EGMR Rechtsprechung

Palabras Clave: derecho a la contradicción, declaración testifical, garantías procesales, jurisprudencia del TEDH.

Stichworte: confrontation right, testimonials, due process of law, ECHR doctrine.

Keywords: Konfrontationsrecht, Zeugenaussagen, Recht auf ein faires Verfahren, EGMR Rechtsprechung.

* El presente trabajo constituye una versión parcialmente modificada del que se envió como contribución al Libro Homenaje al profesor Jürgen Wolter, que será publicado en septiembre de 2013 por la editorial Dunker & Humblot.

Sumario

1. Introducción
2. El derecho de contradicción en el TEDH y en el TC
 - 2.1. Similitudes: imposibilidad de la presencia del testigo en el juicio oral
 - 2.2. Diferencias: que se garantice la “posibilidad” de contradicción. La atribución de la falta de contradicción como criterio de valoración
3. ¿El silencio del testigo-coimputado como contradicción?: Discrepancias entre el TEDH y el TC
4. ¿Adiós al derecho de contradicción? *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*
5. Bibliografía

1. Introducción

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ha situado el derecho de contradicción – configurado como el derecho a “interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren contra él” (art. 6.3 d) - en un lugar preeminente de las garantías asociadas al derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH).

Por influencia del sistema adversarial anglosajón, tal garantía es concebida por el Tribunal de Estrasburgo no sólo como un requisito para la correcta valoración probatoria –como garantía epistemológica- sino asimismo como una garantía de defensa¹. Resulta por ello paradójico que haya sido precisamente la influencia del Reino Unido, como más destacado representante del sistema adversarial entre los Estados signatarios del CEDH, la que haya contribuido a devaluar la relevancia de la garantía de contradicción en la reciente Sentencia de la Gran Sala de 15 de diciembre de 2011, *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*.

La intención del presente trabajo es analizar los términos de dicha devaluación. Al hilo de tal análisis, quiero contrastar también la concepción “tradicional” del Tribunal de Estrasburgo con la seguida por el Tribunal Constitucional español (TC).

Como es sabido, el derecho recogido en el art. 6.3 d CEDH despliega sus efectos en supuestos en que, alterándose la regla de la práctica de la prueba en el juicio, se funda una condena a partir de declaraciones testificales prestadas en fases anteriores al juicio, sin que el testigo llegue a reiterar su testimonio en el acto del juicio oral. Ello puede deberse a distintas circunstancias, cada una de las cuales plantea problemas específicos: la muerte del testigo, la imposibilidad de localizarle, la necesidad de proteger su identidad ante amenazas o, siendo víctima de un delito sexual o violento, para evitar su victimización secundaria, etc.² A continuación me limitaré al análisis del supuesto más básico – desde el plano de los intereses implicados-: el de la *imposibilidad* del testigo de acudir a juicio, si bien me ocuparé también del particular supuesto en que un coimputado se acoge a su derecho a no declarar en juicio tras una primera declaración inculpativa contra otro acusado, por resultar ilustrativo de las diferencias entre la jurisprudencia del TC y del TEDH.

¹ Creo que a veces se desatiende el primer aspecto de los citados: el debate contradictorio no sólo forma parte estructural del derecho de defensa del acusado, sino que también posee un notable valor epistemológico como instrumento para la búsqueda de la verdad, por lo que toda excepción a la garantía de contradicción supone reducir la certeza de la valoración probatoria. Véase a este respecto la atinada reflexión de FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, p. 87, nota 50, poniendo de manifiesto que “resulta desencaminada la tendencia, especialmente para supuestos de delitos graves en el proceso penal, a admitir pruebas producidas con sacrificio del principio de contradicción en nombre de la búsqueda de la verdad”. Sobre ese doble fundamento del principio de contradicción, véase también ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 2009, pp. 131 ss.

² Véase SSTEDH 13.3.2012, *Karpenko c. Rusia*, §70; 19.3.2013, *Gani c. España*, § 42 con ulteriores referencias jurisprudenciales.

2. El derecho de contradicción en el TEDH y en el TC

2.1. Similitudes: imposibilidad de la presencia del testigo en el juicio oral

El TC maneja un concepto amplio del derecho a la presunción de inocencia: no sólo incorpora la exigencia de que la condena deba estar basada en pruebas suficientes – más allá de toda duda razonable-, sino también que las pruebas hayan sido obtenidas lícitamente – sin vulneración de derechos fundamentales- y que hayan sido válidamente practicadas, satisfaciendo las garantías de inmediación y contradicción³. Así, los déficits de contradicción en pruebas decisivas para la condena no sólo vulnerarán el derecho a un proceso con todas las garantías, sino asimismo el derecho a la presunción de inocencia. De la citada exigencia de validez probatoria se deriva la regla básica – asumida también por el TEDH⁴- de que las pruebas susceptibles de enervar la presunción de inocencia sólo podrán ser aquellas que se hayan practicado en el seno del juicio oral, ámbito donde operan con plenitud las citadas garantías de inmediación y contradicción⁵. Ahora bien, esa regla admite excepciones, habiendo admitido el TC que en supuestos en que la ausencia del testigo en el juicio oral esté justificada, testimonios inculpativos prestados en fases anteriores del procedimiento pueden tener valor probatorio siempre que se garantice la posibilidad de contradicción⁶. La concepción del TC es coincidente con la seguida por el TEDH que, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 d) CEDH, ha venido asumiendo que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, por lo que declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción⁷.

Para justificar tal excepción, ambos Tribunales exigen la existencia de una *causa legítima de la inasistencia del testigo al juicio oral*. Según el TEDH, debe existir una razonable justificación que impida la declaración en el juicio oral⁸, debiendo el tribunal haber realizado “todo esfuerzo razonable” para traer al testigo al acto del juicio⁹. De igual modo, el TC ha venido exigiendo que concurra una situación de *imposibilidad* de que el testigo o coimputado declare en el juicio; así, ha entendido que concurría tal situación de imposibilidad ante el fallecimiento del testigo antes de la celebración del juicio¹⁰ o ante grave lesión cerebral

³El TC español ha adoptado esa concepción amplia del derecho a la presunción de inocencia desde sus primeros pronunciamientos en la materia (STC 31/1981, 28.7).

⁴ Véase, por ejemplo, SSTEDH 5.12.2002, *Craxi c. Italia*, § 85; 28.2.2006, *Krasniki c. República Checa*, § 75. Véase JUNG, «Neues zum Konfrontationsrecht?», GA, 2009, pp. 236.

⁵ SSTC 195/2002, 28.10; 206/2003, 1.12; 345/2006, 11.12.

⁶ Ello se expuso con claridad por primera vez en la STC 80/1986, 17.6.

⁷ SSTEDH 24.11.1986, *Unterperthinger c. Austria*, § 31; 20.11.1989, *Kostovski c. Holanda* §41; 27.9.1990, *Windisch c. Austria*, § 26; 20.9.1993, *Saïdi c. Francia*, § 43; 27.2.2001, *Lucà c. Italia*, § 40.

⁸ SSTEDH 20.11.1989, *Kostovski*, § 41; 15.6.1992, *Lüdi c. Holanda*, § 47; 23.4.1997, *Van Mechelen y otros c. Holanda*, § 51.

⁹ SSTEDH 27.2.2001, *Lucà c. Italia*, § 37; 9.11.2006, *Kaste y Mathisen c. Noruega*, §48.

¹⁰ SSTC 10/1992, 10.1; 41/1991, 25.2; 209/2001, 22.10; 1/2006, 16.1.

derivada de un accidente¹¹, pero también ante el ignorado paradero del testigo si el órgano judicial hizo todo lo posible para localizarle¹². Frente a ello, ha rechazado que circunstancias como una enfermedad que únicamente impide el desplazamiento, o la residencia del testigo fuera del territorio nacional, puedan constituir “causa legítima” para excepcionar la presencia del testigo en el juicio¹³.

2.2. Diferencias: que se garantice la “posibilidad” de contradicción. La atribución de la falta de contradicción como criterio de valoración

Este requisito constituye la exigencia básica sobre la que pivota la garantía de defensa del acusado: sólo si se le ha dado la posibilidad de contradecir la declaración prestada en la fase anterior al juicio oral podrá la misma erigirse en prueba de cargo. En este sentido, el TC, por influencia del TEDH, ha elevado la garantía de contradicción a requisito irrenunciable del proceso equitativo, de modo que, si bien puede excepcionalmente prescindirse de otras garantías de la correcta valoración probatoria -como la intermediación-, únicamente si el acusado ha tenido una oportunidad de interrogar al testigo podrá erigirse tal declaración en prueba de cargo.

La regla sentada por el TEDH aparece expuesta con especial claridad en *Lucà c. Italia*:

«(E)n algunas circunstancias puede resultar necesario, para las autoridades judiciales, recurrir a declaraciones que se remontan a la fase de instrucción previa, sobre todo si no pueden ser reiteradas en público por temor a consecuencias en la seguridad del autor de las mismas, lo que puede ser el caso en el marco de procesos contra organizaciones mafiosas. Si el acusado ha dispuesto de una ocasión adecuada y suficiente para responder a dichas declaraciones, en el momento de ser efectuadas o más tarde, su utilización no vulnera en sí misma los artículos 6.1 y 6.3 d). De ello resulta, no obstante, que los derechos de la defensa se encuentran limitados de forma incompatible por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o de manera importante, en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de la instrucción ni durante los debates.» (§40)

El TC asume esa regla, si bien lo que realmente viene a exigir “no es la contradicción efectiva, sino la *posibilidad de contradicción*”¹⁴. Parte de entender que no siempre va a ser posible asegurar la presencia del acusado o de su abogado en la declaración sumarial del testigo, ya porque el mismo acusado renuncia a aprovechar la oportunidad ofrecida y no acude a la declaración, ya por otras circunstancias. Por tal razón, el contenido del derecho

¹¹STC 134/2010, 2.12. En el caso concreto, la Sala ordenó al Forense que se personara en el domicilio del coimputado y certificara la imposibilidad de declarar.

¹²STC 134/2010, 2.12.

¹³SSTC 35/1995, 6.2; 345/2006, 11.12. Afirma esta última resolución (FJ 4) que “ante estos supuestos nuestro ordenamiento procesal penal prevé varias soluciones respetuosas con el derecho de contradicción: la realización de la prueba testifical como prueba anticipada si lo han pedido las partes (arts. 657.3, 781.1, 784.2 y 785.1 LECrim); la suspensión del juicio y la designación de un miembro del Tribunal u otro Juez para que reciba declaración al testigo en su residencia, con asistencia de las partes (arts. 718 y 719 LECrim); o, finalmente, la toma de declaración mediante videoconferencia (art. 731 bis LECrim), de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre”.

¹⁴ Véase, entre muchas, SSTC 200/1996, 3.12; 142/2006, 8.5; 134/2010, 2.12.

no puede consistir en la contradicción efectiva y realmente practicada, sino en que por el órgano judicial se hubiera hecho todo lo posible por proporcionarla. De lo contrario, se dejaría en manos del acusado la corrección del procedimiento. Ello implica, en consecuencia, que habrá casos en que podrá fundarse una condena a partir de una declaración testifical practicada sin efectiva contradicción.

Hasta aquí, la conclusión del órgano constitucional español es acorde a los fundamentos de la garantía concernida y coincidente con la concepción del TEDH. Estando conectada con el derecho de defensa, la contradicción es entendida, así, como una garantía disponible para su titular, por lo que resulta razonable que la ausencia de contradicción corra en su contra en tales casos, máxime si por el órgano judicial se han proporcionado todas las posibilidades de ejercer un debate contradictorio. Así, por ejemplo, cuando en un supuesto en que los abogados defensores de los imputados en la causa fueron llamados a la declaración sumarial del testigo, en la que, pese al sentido incriminatorio de la misma, optaron por no hacer pregunta alguna¹⁵. También se ha considerado atribuible al imputado la ausencia de contradicción motivada por la imposibilidad de ser llamado a la declaración sumarial al hallarse aquel huido de la justicia y en ignorado paradero, resultando infructuosos los intentos de localización y notificación. Un supuesto de esta índole resolvió la STC 80/2003, 28.4, en el que el demandante resultó condenado por un delito de tráfico de drogas a partir de lo declarado ante el Juez de Instrucción por dos testigos, uno de los cuales se retractó de su anterior declaración en el juicio oral y el otro no pudo declarar debido a una enfermedad mental sobrevenida. Pese a que las declaraciones incriminatorias prestadas en instrucción no fueron nunca sometidas a contradicción, el TC descartó que se hubieran vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, porque cuando se producen la declaraciones de los coimputados “el demandante había huido de la justicia... por lo que no puede imputarse su falta de intervención en tales declaraciones a una actuación reprochable del órgano judicial”.

Sobre esa concreta decisión ha tenido ocasión de pronunciarse el TEDH, avalando el pronunciamiento del TC. Viendo desestimada su pretensión en la STC 80/2003, el recurrente acudió a Estrasburgo, denunciando que su condena no se había basado en un proceso equitativo por no haber tenido oportunidad de interrogar al testigo. El Tribunal, en la Decisión de inadmisión de 1.3.2005, *Mínguez Villar c. España*, rechaza esa alegación afirmando que pese a ser cierto que “el demandante no asistió a la declaración de C. ante el juez de instrucción, sin embargo, esta ausencia no es imputable a la autoridad judicial, sino al hecho de que se sustrajo voluntariamente a la acción de la justicia”.

No obstante, la concepción del TC va más allá de lo expuesto hasta ahora. El estándar empleado por el Tribunal español es formulado en los siguientes términos: el “principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación

¹⁵ STC 2/2002, 14.1.

*judicial constitucionalmente censurable*¹⁶. Es decir, el criterio empleado para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la *atribución al propio imputado* de la falta de contradicción, sino el de *no atribución al órgano judicial*, criterio más amplio y que admitirá más supuestos de prueba de cargo sin contradicción. Así, por ejemplo, cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa por hallarse la causa bajo *secreto de sumario*, o cuando tal declaración tiene lugar en una fase procesal en la que el sujeto a quien apunta la incriminación *aún no ha adquirido la condición de imputado*. En tales casos, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores o instituciones inherentes al sistema procesal. Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo.

3. ¿El silencio del testigo-coimputado como contradicción?: Discrepancias entre el TEDH y el TC

A mi entender, tal criterio del TC es contrario al asumido por el TEDH y, en todo caso, debe ser rechazado. Muestra de tal discrepancia es la distinta forma con que ambos Tribunales resuelven el supuesto específico del *silencio del coimputado*; esto es, casos en que un coimputado, después de una primera declaración incriminatoria ante el Juez de instrucción prestada sin contradicción, opta en el juicio oral acogerse a su derecho a guardar silencio¹⁷.

En tales supuestos el TC considera que la presencia del coimputado en juicio, pese a su silencio, conlleva ya una *posibilidad de contradicción* y que, en todo caso, el déficit de contradicción *no sería imputable al órgano judicial*, por cuanto la decisión de no declarar viene amparada por el derecho fundamental a guardar silencio, sin que el órgano judicial pueda forzar al coimputado a que renuncie al mismo. Por ello, ningún obstáculo constitucional existirá en una condena fundada en la declaración incriminatoria prestada en instrucción aun cuando ni en ese momento ni después en el juicio, dado el silencio del coimputado, se hubiera podido interrogar a este sobre sus declaraciones. Así se establece en las SSTC 142/2006, 8.5., y 198/2006, 3.7, que se han ocupado de supuestos de esa índole. Ante la queja de los recurrentes de que la condena se había basado esencialmente en el testimonio de un coimputado prestado en fase sumarial y sin contradicción, habiendo optado por guardar silencio en el juicio oral, el TC rechaza tal pretensión en virtud de los siguientes argumentos, plasmados en la STC 142/2006. La garantía de contradicción exige “que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide

¹⁶ SSTC 80/2003, 28.4; 187/2003, 27.10; 1/2006, 16.1; 142/2006, 8.5; 134/2010, 2.12. Énfasis añadido.

¹⁷ Sobre esta cuestión me he ocupado más extensamente en ALCÁCER, «El silencio de los coimputados», *La Ley* (7827), 2012.

no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, sin que, por consiguiente, resulte justificable que la total contradicción se logre postergando el derecho fundamental de un tercero". Por ello, "en este supuesto el demandante dispuso de una ocasión adecuada y suficiente para realizar el interrogatorio de los coacusados, aunque aquellos se negaron a responder a las preguntas formuladas, pero ello no infringe, por sí mismo, el principio de contradicción, ya que, salvo que el juzgador, dando un intolerable paso atrás en el tiempo, utilizara métodos proscritos en nuestro Ordenamiento, o con abierta vulneración del derecho constitucional a no declarar contra uno mismo consagrado en el art. 24.2 CE compeliere de algún modo al acusado a declarar, no le es atribuible que la contradicción no se haya cumplido en la forma idealmente deseable".

Como ya he manifestado, el planteamiento que subyace a tales pronunciamientos es difícilmente conciliable con la jurisprudencia del TEDH, que ante supuestos muy similares ha declarado vulnerado el derecho a un proceso equitativo, en la concreta vertiente del derecho a interrogar a los testigos (Art. 6.3 d CEDH)¹⁸. El primer ejemplo que puede citarse a ese respecto es *Lucà c. Italia* (STEDH 27.2.2001). El demandante fue condenado a partir de las declaraciones inculpativas de un coimputado, quien en el acto del juicio oral se acogió a su derecho a guardar silencio. El Tribunal de casación italiano afirmó que el art. 6.3 d CEDH afectaba al interrogatorio de los testigos, que están obligados a decir verdad, pero no al interrogatorio de los acusados que disponen de la facultad de defenderse guardando silencio o incluso mintiendo. Frente a ello, el TEDH estima la demanda en virtud de la aplicación al caso de su doctrina general, y asumiendo que el silencio del coimputado equivale a la ausencia de contradicción: en el caso concreto, los tribunales internos se basaron exclusivamente en las declaraciones hechas por el coimputado con anterioridad al proceso, sin que "ni el demandante ni su abogado tuvieran, en ninguna fase del procedimiento, la posibilidad de interrogarle" (§43); "En estas condiciones, no se puede concluir que el demandante dispusiera de una ocasión adecuada y suficiente para responder a las declaraciones en las que se basó su condena" (§44).

En idéntico sentido se pronunció el TEDH en *Craxi c. Italia* (5.12.2002), así como en *Kaste y Mathisen c. Noruega* (9.11.2006). En esta sentencia, la cuestión central que se debatía era -en la formulación del gobierno noruego- "hasta qué punto el derecho fundamental de un coacusado a permanecer en silencio, establecido por el Tribunal en su propia jurisprudencia, puede interferir en el derecho de otro coacusado en virtud del artículo 6.3 d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él" (§36). Al igual que la citada STC 142/2006, el Tribunal Supremo noruego consideró que no se había vulnerado el derecho a un proceso equitativo porque "la defensa había tenido la oportunidad de interrogar a D [el coimputado] durante el juicio, incluso si éste había optado por no

¹⁸ Véase SÁNCHEZ YLLERA, «Razones para dudar: las manifestaciones inculpativas prestadas antes del juicio oral (a propósito del art. 46.5 de la Ley del Jurado)», *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial* (45), 2003, p. 393; LÓPEZ ORTEGA, «Contradicción y defensa (Cinco cuestiones sobre prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal)», en AAVV, *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial* (128), 2007, pp. 144-145.

responder a lo que se le preguntaba" (§21). Y, siguiendo la misma línea de argumentación, defendió el gobierno noruego ante Estrasburgo que las autoridades judiciales había cumplido con la obligación que imponía el art. 6.3 c) CEDH haciendo asegurando la presencia del coimputado en el juicio, pero que "no podían, y no debían, haber influido en su opción de si responder o no a las preguntas propuestas", pues "hacerlo habría chocado con su derecho a permanecer en silencio". Asimismo, postulaba el gobierno que lo "importante para el principio del debate contradictorio en virtud de la jurisprudencia del Tribunal es si el acusado había podido interrogar al testigo, no necesariamente los resultados de tal interrogatorio" (§ 38-39). Sin embargo, esa argumentación no le resulta convincente al TEDH, que declara la vulneración del derecho invocado por cuanto los demandantes no tuvieron una oportunidad de contradecir los testimonios en que se basó su condena.

La conclusión que puede sacarse es que la jurisprudencia del TC no satisface los estándares mínimos establecidos por el TEDH sobre el derecho a la contradicción. La posición del TC no viene impuesta por exigencias legales o por razones de índole lógica, sino que responde a una previa e implícita decisión político-criminal que no cabe compartir. Puede ser razonable -por ser inherente al fundamento de la garantía de contradicción- que cuando su ausencia sea *imputable al acusado* o su defensa sea aquel quien deba correr con las consecuencias negativas de su propia falta de diligencia y pueda, por ello, utilizarse como prueba de cargo el contenido de una declaración no revestida materialmente de dicha garantía. Pero cuando la ausencia de contradicción *no es imputable ni al acusado ni al órgano judicial*, la decisión de otorgar valor probatorio a las declaraciones testificales presupone una toma de postura a favor del ejercicio del *ius puniendi* y en detrimento de las garantías que definen un proceso equitativo. De la argumentación empleada por la STC 142/2006 surge la impresión de que no existen opciones posibles: o bien el déficit de contradicción que ese silencio (y la previa declaración sumarial) conlleva debe correr en contra del acusado, o bien habría de forzarse al coimputado a declarar en contra de su derecho a guardar silencio. Pero cabe una tercera opción que dicha sentencia no contempla: que el déficit de contradicción corra en contra del *ius puniendi* y no sea legítimo fundar una condena penal con una declaración no sometida a debate contradictorio.

4. ¿Adiós al derecho de contradicción? Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido

Lo afirmado hasta ahora partía de los presupuestos sentados por el TEDH en decisiones como *Lucà c. Italia*, que concebía la contradicción como una *regla* inherente al proceso equitativo¹⁹. No obstante, es discutible que esa configuración del derecho de contradicción pueda ser sostenida en la actualidad, a la luz de la reciente *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (STEDH Gran Sala 15.12.2011). En efecto, en dicha decisión el TEDH de Estrasburgo

¹⁹El propio TEDH menciona esa sentencia como el "*starting point*" a partir del que analizar la infracción del art. 6.3 d CEDH: *vid.* STEDH *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, 20.1.2009, § 36. Cfr. JUNG, 2009, p. 238-239.

debilita de modo radical la “regla de la prueba única o decisiva” (*sole or decisive rule*) – concepción según la que una condena no puede fundarse, como prueba única o decisiva, en un testimonio prestado sin contradicción- por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto, concluyendo en la legitimidad de una condena basada en un testimonio sin contradicción si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la existencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa²⁰.

Las demandas de Al-Khawaja y de Tahery se presentaron por separado, pero fueron acumuladas al plantear un mismo problema jurídico. Al Khawaja, médico de profesión, fue acusado por una de sus pacientes de haber abusado sexualmente de ella mientras estaba bajo hipnosis. Fallecida la denunciante antes del juicio y sin que su testimonio hubiera sido sometido a contradicción en fase sumarial, la condena se basó en la lectura en juicio de su declaración policial y en los testigos de referencia a quienes la víctima les había relatado los hechos. Tahery, por su parte, fue condenado por el apuñalamiento de una persona con la que momentos antes había tenido una pelea. La atribución al demandante del apuñalamiento, realizado por la espalda y sin que la propia víctima hubiera visto quién era su autor, se basó en lo declarado por un testigo a la policía, testigo que no llegó a declarar en juicio ante el temor a represalias.

La sentencia dictada en 2009 por la Sala declaró vulnerado el derecho a interrogar a los testigos en ambos supuestos, al haberse fundado la condena, como prueba única o decisiva, en un testimonio que los condenados no pudieron someter a contradicción. Frente a las alegaciones del Gobierno inglés, manifestaba el Tribunal que en supuestos como los enjuiciados resulta muy dudoso que la introducción de cualesquiera medidas de compensación (“counterbalancing factors”) hubieran podido soslayar los déficits de defensa.

Es cierto que el propio TEDH ya había venido adoptando un criterio de valoración basado en la ponderación, considerando que el derecho de contradicción es parte del más genérico derecho a un proceso equitativo del art. 6.3 CEDH y que debía adoptarse una perspectiva global, analizando la vulneración del derecho desde la contemplación del proceso en su conjunto²¹. Ello había llevado al TEDH a ponderar las circunstancias concretas del caso, y a negar la lesión del derecho a la contradicción si, pese a no haber existido la posibilidad actual de interrogar a los testigos, por los órganos judiciales se habían introducido medidas que contrarrestaran dicho déficit de defensa. No obstante, tal proceder se ha circunscrito a supuestos en los que existían intereses concretos a ponderar (más concretos, en todo caso, que los propios fines de persecución penal), tales como las *necesidades de protección de la*

²⁰ Véase DE WILDE, «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, p. 1, afirmando que con *Al-Khawaja* (2011) se ha modificado de modo fundamental el curso de la jurisprudencia de Estrasburgo en lo tocante al derecho a interrogar a los testigos, con la consecuencia de que “*the sole or decisive rule is no longer strictly applied*”.

²¹ Crítico con esa línea, WALTHER, «Zur Frage des Rechts des Beschuldigten auf ‘Konfrontation von Belastungszeugen’», *GA*, 2003, p. 218.

víctima o de determinados testigos, y en los que los órganos judiciales habían permitido la ausencia de la víctima en el juicio por temor a represalias o aceptado el anonimato del testigo²². En cualquier caso, lo cierto es que también en tales supuestos regía la “*sole or decisive rule*”, afirmando el Tribunal que incluso cuando pudiera afirmarse una adecuada compensación de las limitaciones de la defensa, la condena no debería estar basada únicamente o de modo decisivo en un testimonio que no hubiera podido ser confrontado²³. Así, por ejemplo, en el ámbito del *testigo anónimo* el Tribunal ha venido reiterando que “incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de reequilibrio adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos”²⁴.

El Reino Unido recurrió la sentencia de 2009 ante la Gran Sala, al mismo tiempo que el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia *R. c. Horncastle*, de 9 de diciembre de 2009, rechazaba acatar la jurisprudencia de Estrasburgo²⁵ y, más concretamente, aplicar la “*sole or decisive rule*”, considerando que la misma no era un requisito necesario para asegurar un juicio equitativo. La sentencia de la Gran Sala, que tuvo muy en cuenta la resolución del Tribunal Supremo inglés, altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia de Estrasburgo, viniendo a concluir –por emplear estos términos– que la “*sole or decisive rule*” deja de ostentar la condición de *regla* y pasa a convertirse en un *principio*, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. Dicho de otro modo: “la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino como un factor más a considerar en relación con otros factores de ponderación”²⁶.

Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo sienta el criterio de que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la *fiabilidad* de la declaración. Para justificar esa conclusión comienza la Gran Sala por reiterar la necesidad de analizar la vulneración al derecho a un proceso equitativo a partir de una perspectiva global y de ponderar los intereses concurrentes: “*El Tribunal contemplará el procedimiento como un todo, tomando en consideración los derechos de la defensa pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido (...) así como, cuando sea necesario, los derechos*

²² Ello es puesto de manifiesto por el propio TEDH en *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, 20.1.2009, § 37.

²³ En similar sentido, DE WILDE, «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, p. 12, remitiéndose a además a lo afirmado en el voto particular a *Al-Khawaja* (2011).

²⁴ SSTEDH *Doorson c. Holanda*, 26.3.1996, § 76; *Visser contra Holanda*, 14.2. 2002, § 55.

²⁵ Opción que aparece posible según la legislación inglesa, estableciendo el *Human Rights Act* de 1988 que los tribunales han de “tener en cuenta” las decisiones del TEDH, no estando, sin embargo, vinculados por su jurisprudencia. Véase, sobre ello y sobre la sentencia comentada, DE WILDE, «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, p. 3.

²⁶ DE WILDE, «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, p. 11.

de los testigos” (§ 118). Después aborda la posibilidad de que, excepcionalmente, los testimonios prestados fuera del juicio oral puedan fundar una condena, afirmando que de la jurisprudencia se derivan dos exigencias cumulativas: la primera es que la ausencia del testigo esté justificada en buenas razones; y la segunda es que “cuando la condena está fundada únicamente o de modo decisivo en testimonios prestados por una persona a quien el acusado no ha tenido oportunidad de interrogar o de hacer interrogar, ya durante la investigación ya en el juicio, los derechos de la defensa *pueden* restringirse en un grado incompatible con las garantías establecidas por el art. 6” (§ 119)²⁷. Será esta segunda regla, la “*sole or decisive rule*”, la que la Gran Sala se replanteará, cuestionándose si la misma “debe ser considerada como una regla absoluta cuya vulneración lleva automáticamente a concluir que el procedimiento no ha sido equitativo y vulnera el art. 6 CEDH”.

El Tribunal responde a la cuestión en sentido negativo, entendiendo que la “*sole or decisive rule*” no puede ser aplicada “de un modo inflexible”, sino que debe ser sometida a similares criterios de ponderación que los empleados en casos en que es preciso proteger intereses concretos de testigos o víctimas. Lo contrario “transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia” (§ 146). En consecuencia, y frente al manejo en sentencias anteriores como *Lucà c. Italia*, la Gran Sala sienta el criterio de que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo, sino que dependerá de si en el caso concreto existen “suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso” (§ 147)²⁸.

A partir de dicha revisión de la jurisprudencia, el TEDH termina por mantener la vulneración del derecho de Tahery, pero revoca la decisión de instancia en relación con Al-Khawaja, concluyendo que no ha habido violación del art. 6 CEDH. De cualquier modo, más relevante que la resolución del concreto supuesto es el giro que tal decisión imprime a su jurisprudencia. En efecto, la sentencia del TEDH supone, además de una claudicación

²⁷ (Cursiva añadida). El texto original es el siguiente: “When a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6”. Es muy significativo que en la enunciación de la regla el Tribunal modifique la formulación de la misma sentada en el asunto *Lucà*, introduciendo “may be restricted” en sustitución de “are restricted”, pretendiendo con ello generar la impresión de que la decisión dictada se apoya en una línea doctrinal anterior. Pone también de manifiesto esa tramposa tergiversación de la jurisprudencia tradicional, DE WILDE, «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, p. 5.

²⁸ Dicha doctrina ha sido aplicada después, por ejemplo, en STEDH 19.3.2013, *Gani c. España*, § 42, si bien la desestimación de la demanda en ese supuesto habría sido indudable también en aplicación de la jurisprudencia anterior.

ante las presiones ejercidas por el Reino Unido y su Tribunal Supremo, una estocada mortal para el derecho de contradicción como garantía nuclear del proceso penal, al quedar sometido a una ponderación con las circunstancias del caso concreto, abriéndose con ello, en definitiva, la posibilidad de que un ciudadano pueda ser condenado con base en un testimonio que no ha tenido la posibilidad de contradecir²⁹. Lo más discutible de su argumentación, a mi entender, es que el TEDH enfrente y equipare las garantías básicas del acusado a los intereses del Estado en una administración de justicia eficaz (lo que se identifica con los intereses de la acusación), facultando el sacrificio de aquellas en aras de las necesidades sociales de castigo.

A este respecto, es importante reparar en el salto cualitativo que esta decisión supone frente a la jurisprudencia dictada hasta la fecha en asuntos similares. Como hemos mencionado, la ponderación del derecho de contradicción con otros intereses concurrentes en el proceso penal había sido ya permitida por el TEDH en el pasado, pero hasta ahora ello había llevado a acomodar la forma o la intensidad de la confrontación, no a excluirla totalmente; es decir, a modular el alcance del art. 6.3 d CEDH, no a prescindir del mismo. A diferencia de los supuestos de necesidad de protección a testigos, ya por su minoría de edad³⁰, ya por temor a represalias o para evitar una victimización secundaria, con la sentencia *Al-Khawaja* lo que se exige de los órganos judiciales ya no son medidas que vengan a compensar los *déficits de defensa* y que, siquiera disminuida, permitan cierto grado de confrontación, sino medidas que *permitan asegurar por otras vías la fiabilidad del testimonio*. Esa diferencia se revela fundamental: con ello, la contradicción deja de ser considerada una garantía asociada al derecho de defensa del acusado y pasa a contemplarse exclusivamente como un medio más de evaluación de la credibilidad del testimonio y de obtención de la verdad procesal, del que por tanto puede prescindirse siempre que concurren otros medios suficientemente seguros y que resulte adecuado a los intereses de persecución penal.

Sin lugar a dudas, el fundamento de la garantía de contradicción radica en el fin de poder contrastar la fiabilidad y credibilidad de las declaraciones testificales³¹, pero su sentido no se agota en su función dirigida a la búsqueda de la verdad, sino que conforma un derecho específico de quien es acusado en un proceso penal que, vinculado a su derecho de defensa³², le permite intervenir directamente en la conformación de la prueba y ser tomado, por ello, como *sujeto* y no meramente como *objeto* del proceso. Por tal razón, no creo que pueda sencillamente ser sustituida por otras formas de asegurar la fiabilidad de los testimonios sin conllevar a la vez una considerable merma del derecho a un proceso equitativo. Algo similar es afirmado por el Tribunal Supremo americano en su famosa Sentencia *Crawford c. Washington*³³, cuando pone de manifiesto que “*the Clause’s ultimate goal is to ensure reliability of evidence, but it is a procedural rather than a substantive guarantee. It commands, not that evidence be reliable, but that reliability be assessed in a particular manner: by*

²⁹ Una lectura menos negativa de la sentencia ofrece RADTKE, «Warheitserfindung im Strafverfahren», GA, 2012, pp. 197-198.

³⁰ Véase, por ejemplo, STEDH 20.12.2001, P.S. c. Alemania, §21; 2.7.2002, S.N. c. Suecia, §47.

³¹ Véase *supra* nota 1.

³² En sentido similar, WALTHER, GA, 2003, p. 220.

³³ 541 US 36 (2004).

testing in the crucible of cross-examination". Por tal razón, "*admitting statements deemed reliable by a judge is fundamentally at odds with the right of confrontation*". Si nos tomamos en serio el derecho a la contradicción, la drástica aseveración del juez Scalia, ponente de la sentencia citada, no se revela exagerada: "*Dispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury trial because a defendant is obviously guilty*"³⁴. En este sentido, no es sino paradójico que *Al-Khawaja y Tahery* venga a incorporar el mismo criterio que el que rechazó el Tribunal Supremo americano en la citada sentencia, en la que negó frontalmente que otros factores aseguradores de la fiabilidad de los testimonios pudieran venir a operar como subrogado de la garantía de contradicción³⁵.

En definitiva, y reiterado lo afirmado, la exigencia de contradicción deja de erigirse en una *regla* constitutiva del derecho a un proceso equitativo para pasar a ser un mero *principio* relevante sólo a efectos de la fiabilidad probatoria que en un juicio de ponderación puede ser sacrificado en aras a la maximización de otros intereses cuando concurran, a partir de la valoración del juez, factores sustitutivos de la fiabilidad probatoria. Como se ha dicho, el derecho procesal penal se halla en una tensión permanente entre la eficiencia y las garantías³⁶; con la sentencia *Al-Khawaja y Tahery*, el TEDH ha tomado una nítida y preocupante posición al respecto. Parafraseando a mi admirado Jürgen WOLTER, el Tribunal de Estrasburgo parece orientarse hacia una comprensión del proceso penal asistemática y basada en criterios de ponderación, que termina por otorgar absoluta prioridad a la vertiente preventivo-funcional del sistema penal³⁷.

³⁴ Esa misma cita es empleada por los jueces Sajó y Karakas en el voto particular a *Al-Khawaja*, cuyos argumentos pueden ser suscritos en su integridad.

³⁵ Al igual que *Al Khawaja y Tahery* pero en sentido opuesto, la sentencia *Crawford* hizo *overruling* de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo americano en lo relativo a la *confrontation clause* y la sexta enmienda (representada por *Ohio c. Roberts* [448 US 56 (1980)]). En cualquier caso, tampoco sobra destacar que el alcance de *Crawford* se vio reducido sólo dos años después por la sentencia *Davis c. Washington* [547 U.S. 813 (2006)] y, más recientemente, por *Michigan v. Bryant* [562 US _ (2011)]. La discusión gira en torno a qué debe entenderse por "declaraciones testificales" ["*testimonial*"], por oposición a declaraciones no testificales ["*non testimonial*"], dado el presupuesto de que la *confrontation clause* es aplicable únicamente a las primeras. Si bien no se rechaza el núcleo de lo afirmado en *Crawford*, en esas decisiones posteriores se perfila a la baja qué debe entenderse por "declaraciones testificales", considerando que habrán de serlo sólo aquellas realizadas con el fin de fundar o sostener una incriminación, pero no aquellas cuyo fin primordial es permitir a la policía responder a una emergencia actual, debiendo ponderarse además otros factores como el grado de formalidad con que la declaración tiene lugar. El caso resuelto en *Michigan v. Bryant* constituye un ejemplo inmejorable del clásico *supuesto de la incriminación del moribundo*: la condena por asesinato se había basado en las manifestaciones extraprocesales realizadas por la víctima a la policía poco antes de fallecer como consecuencia del disparo recibido, en las que acusó a Richard Perry Bryant de ser el autor de los hechos. La mayoría del Tribunal concluyó que la acusación efectuada a la policía por la víctima en tales circunstancias era *non testimonial*, por lo que no le era aplicable la garantía prevista en la sexta enmienda y podía emplearse - vía testimonio de referencia de los agentes de policía- para fundar la condena. Sobre ello, puede verse NOVECK, «Recent Development: The Death of Confrontation Clause Originalism?», *Michigan v. Bryant*, 131 S. Ct. 1143 (2011)», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (47), 2012, pp. 251 ss.

³⁶ SAFFERLING / HARTWIG, «Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen», *ZIS* (13), 2009, p. 793.

³⁷ WOLTER, «Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht: über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht», en HEINRICH/JÄGER/SCHÜNEMANN, *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80 Geburtstag*, 2011, p. 1267.

5. Bibliografía

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2012), «El silencio de los coimputados», *La Ley* (7827), pp. 1 ss. (versión digital).

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (2009), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

Bas DE WILDE (2012), «A fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases», versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=2095538> del artículo presentado por el autor a la revista *International Journal of Evidence and Proof* en junio de 2012.

Jordi FERRER BELTRÁN (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

Heike JUNG (2009), «Neues zum Konfrontationsrecht?», *Goltdammer's Archiv*, pp. 235 y ss.

Juan J. LÓPEZ ORTEGA (2007), «Contradicción y defensa (Cinco cuestiones sobre prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal)», en AAVV, *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial (128), pp. 125 y ss.

Michael R. NOVECK (2012), «Recent Development: The Death of Confrontation Clause Originalism?, Michigan v. Bryant, 131 S. Ct. 1143 (2011)», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (47), pp. 251 y ss.

Henning RADTKE (2012), «Wahrheitsermittlung im Strafverfahren Leitprinzipien, Methoden und Grenzen», *Goltdammer's Archiv*, pp. 187 y ss.

Cristoph SAFFERLING/Alena HARTWIG (2009), «Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (13), pp. 784 y ss.

Ignacio SÁNCHEZ YLLERA (2003), «Razones para dudar: las manifestaciones inculpativas prestadas antes del juicio oral (a propósito del art. 46.5 de la Ley del Jurado)», *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial (45), pp. 363 y ss.

Susanne WALTHER (2003), «Zur Frage des Rechts des Beschuldigten auf 'Konfrontation von Belastungszeugen'», *Goltdammer's Archiv*, pp. 204 y ss.

Jürgen WOLTER (2011), «Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht: über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht», en HEINRICH/JÄGER/SCHÜNEMANN, *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80 Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, pp. 1245 y ss.