

# Derecho de defensa. Igualdad de armas y debido proceso

TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*,  
13 de noviembre de 2018

*Por Javier Balmayor<sup>1</sup>*

---

## 1.-Introducción

El caso Zhang es de aquellos donde se desmenuza el contenido y alcance de los derechos humanos, en particular la garantía de debido proceso, de modo que se llegan a visibilizar violaciones sutiles que los órganos estatales pueden ocasionar.

En la actualidad, cuando nociones como el derecho de defensa, el debido proceso o la igualdad de armas son conocidas por todos los agentes estatales, es frecuente advertir situaciones en las que, bajo la apariencia del respeto a las mismas, por el solo hecho de invocarlas se persiste en su vulneración.

Veremos en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humano –en adelante, TEDH– que el Sr. Zhang sufrió las consecuencias de ser extranjero y de que sus testigos de defensa también lo fueran.

Así también, padeció la parcialidad de las autoridades de Ucrania que, pese a las fallas e inconsistencias de la investigación, insistieron en señalarlo como el responsable por la muerte de un ciudadano local.

---

<sup>1</sup> Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Los tribunales nacionales, primero, imposibilitaron el ejercicio adecuado y pleno del derecho de defensa, bajo la excusa de la aplicación de una nueva normativa procesal acorde con los estándares internacionales de derechos humanos; y, luego, las instancias de apelación ignoraron los agravios de la defensa limitándose a confirmar la condena dictada.

En definitiva, el caso que nos ocupa, demuestra que las garantías procesales deben ser efectivizadas en las circunstancias concretas y específicas de cada caso y no meramente en las enunciaciones normativas.

## 2.-Los hechos del caso

El peticionante en este caso, el Sr. Yu Zhang, de nacionalidad china, al momento de los hechos se encontraba estudiando economía en la Universidad Nacional de Kharkiv, Ucrania.

El 1º de mayo de 2009, junto con otros catorce estudiantes de origen chino realizaron un picnic. Cuando estaban por terminar, un grupo de cuatro hombres ucranianos (D., Sa., Su., y M.) se acercaron a pedirles cerveza. Los ucranianos estaban notoriamente alcoholizados. Uno de ellos, D., les quitó un cuchillo y se lo arrojó al río que había cerca, y luego mostró sus genitales. Pese a estas conductas, los estudiantes chinos accedieron a entregarles una cerveza, en primer término, y una segunda, en el momento que comenzaron a retirarse, dado que la situación se les iba de las manos.

Sin embargo, en ese punto se desató una pelea entre los dos grupos, durante la cual el ucraniano M. recibió una puñalada. Falleció tres días después como consecuencia de la lesión.

Antes de que se desatara la contienda, M. registró la escena con su *smartphone* y lo último que grabó fue al chino W. tomando dos “pinchos” (de los que se usan para hacer *brochette*) de una bolsa de plástico.

Cuando la policía arribó, el ucraniano Sa. declaró que había visto al estudiante Ch. apuñalar a M. por la espalda y luego suscribió una declaración por escrito ese mismo día. La víctima, M., se encontraba inconsciente, y los ucranianos Su. y D. estaban tan ebrios que no se los pudo interrogar.

Varios de los estudiantes chinos huyeron antes de que llegara la policía. Sin embargo, el Sr. Zhang junto con algunos de sus compañeros esperaron en el lugar el arribo de los funcionarios. Ninguno de los ucranianos señaló al Sr. Zhang como responsable de la lesión de M. durante el curso de ese día.

El 2 de mayo, la víctima pudo dar su versión a las autoridades y manifestó que, luego de ser lesionado en su espalda, cayó y observó a tres estudiantes chinos que pasaban sobre él, incluso el Sr. Zhang, al que individualizó por ser más grande de tamaño que los otros y porque hablaba algunas palabras en ruso.

Ese mismo día, el ucraniano Sa. cambió su versión del día anterior y dijo que había visto que uno de los jóvenes chinos –el que parecía más grande de cuerpo y se hacía llamar “Yura” (el Sr. Zhang)– había sido el que apuñaló por la espalda a M.

El día en que murió M., el ucraniano Su. declaró a los investigadores que había visto a uno de los chinos –que parecía más grande de tamaño que los otros– apuñalar a la víctima.

Finalmente, en un procedimiento de identificación Sa. y Su. apuntaron al Sr. Zhang como el que lesionó a M. En consecuencia, el peticionante fue arrestado.

Pese a todo, Sa. realizó una nueva declaración, en una fecha posterior y señaló que había apuntado al Sr. Zhang como autor de la lesión, pero que, en realidad, no había visto quién apuñaló a M. Agregó que su testimonio en contra de Zhang había sido impulsado por las emociones del momento.

Por el lado de los estudiantes chinos, el joven W. confesó a la policía, con asistencia de un abogado y un intérprete chino, que accidentalmente lesionó a uno de los ucranianos con un “pincho” y huyó del lugar por miedo. Dos días más tarde reiteró su confesión.

Dentro de las pertenencias del grupo de estudiantes se secuestraron cuatro pinchos, pero fue establecido por los testimonios que había seis, dos de los cuales –los que habría tomado W.– nunca fueron encontrados.

En algún momento posterior, indeterminado en el caso, el estudiante W. se retractó y declaró que había lesionado superficialmente a D. y Su., es decir, de ninguna manera había lesionado al fallecido M. El resto de los estudiantes chinos no vieron quién apuñaló a M. Tampoco vieron al Sr. Zhang con un “pincho” de metal y varios de ellos señalaron haber estado cerca del peticionante durante la gresca, lo que les permitió afirmar que no fue Zhang el autor de la lesión.

En relación con el estudiante chino W. –que había realizado la confesión en los días previos–, varios de sus compañeros dijeron que había estado muy nervioso luego de la pelea, que se había deshecho de las ropas que usó aquel día y solicitó a sus padres le enviaran una suma importante de dinero.

El 25 de marzo de 2010, la Corte Regional de Apelaciones de Kharkiv consideró terminada la instrucción. Al año siguiente, el 26 de septiembre, la Corte de Kyivskyy declaró al Sr. Zhang culpable de homicidio y lo condenó a 12 años de cárcel en base a las declaraciones de Sa. y Su., que dijeron haber visto a Zhang a espaldas del fallecido M. poco antes de que este gritara que había sido apuñalado. También se basaron en la declaración de D., que dijo haber visto a Zhang huir, junto a Ch., luego de la pelea.

Los estudiantes chinos dieron su versión de los hechos, pero la Corte consideró que no eran creíbles porque trataban de ayudar al Sr. Zhang. Quien no declaró en el juicio fue nada menos que el estudiante W. porque había salido del territorio de Ucrania antes de que se iniciara el debate.

El peticionario apeló la decisión, que fue anulada el 26 de marzo de 2012 por la Corte de Apelaciones de Kharkiv, la que reenvió el caso para completar la investigación, atento a las omisiones y fallas que había expuesto el apelante. En particular, la Corte resaltó lo contradictorias e incoherentes que habían sido las principales evidencias en que se basó la sentencia: los testimonios de Sa., Su. y D.

El 19 de noviembre de 2012, entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Criminal (CCP 2012, por sus siglas en inglés) que introdujo cambios importantes en el proceso penal de cara a reforzar la oralidad y desterrar ciertas prácticas policiales reñidas con los derechos humanos.

Un mes más tarde, el Sr. Zhang fue formalmente incriminado bajo esta nueva norma y se concluyó la instrucción. El 24 de julio de 2013, la Corte de Kyivskyy condenó al Sr. Zhang a doce años de cárcel por ser autor del homicidio de M. Nuevamente se basó la sentencia en las declaraciones que Sa., Su. y D. brindaron en el juicio, las que fueron idénticas a las brindadas en la primera sentencia. Igualmente, se fundó la decisión en las declaraciones brindadas por M. ante los investigadores antes de su fallecimiento.

Por otro lado, se rechazaron los pedidos de la defensa del Sr. Zhang de admitir los testimonios de los estudiantes chinos que ya habían abandonado Ucrania. Solo uno de ellos se presentó al juicio, pero su relato no tuvo mayor relevancia dado que abandonó la escena antes de que comience la pelea entre los dos grupos.

El motivo del rechazo de los testimonios de los estudiantes chinos obedeció a que, bajo la nueva ley procesal CCP 2012, solo pueden ser analizados para la sentencia los testimonios producidos en la audiencia de juicio.

El Sr. Zhang recurrió también esta condena. En primer lugar, señaló que la Corte nuevamente se basaba en forma exclusiva en las contradictorias versiones de los amigos de la víctima, que, además, habían cambiado sensiblemente con el paso del tiempo. Por otro lado, se agravió del rechazo de la Corte a las testimoniales de los doce estudiantes chinos que habían declarado en la etapa de investigación. Señaló que la norma respectiva de la nueva ley procesal refería que la admisibilidad de la prueba debía ser evaluada bajo las previsiones normativas vigentes al tiempo de obtención de la evidencia. Dado que las declaraciones de los estudiantes chinos fueron recibidas cuando aún regía la anterior ley procesal y que esa normativa admitía las testimoniales obtenidas en la etapa de investigación, la exclusión de tales pruebas era ilegal y una severa restricción al derecho de defensa.

El 27 de noviembre de 2013, la Corte de Apelaciones confirmó la segunda condena sin hacer comentario alguno ni analizar los argumentos del apelante respecto de la prueba no admitida.

Contra esta decisión, el Sr. Zhang presentó un recurso ante la Corte especializada en cuestiones Civiles y Criminales, pero la sentencia fue confirmada sin hacer mención alguna a los argumentos relativos a la admisibilidad de la prueba de la defensa no aceptada en el segundo juicio. Finalmente, salió en libertad el 31 de marzo de 2016 y regresó a China.

### **3.- Decisión del Tribunal Europeo**

El Sr. Zhang demandó al Estado de Ucrania sobre la base de que no había tenido un juicio justo y fundó su petición en el artículo 6.1 de la CEDH.

Llegado el caso ante el TEDH, este declaró admisible la petición y estableció que hubo una violación al CEDH, por lo que existió responsabilidad internacional del Estado.

En términos generales, advirtió la violación a la garantía de juicio justo porque no se respetó la igualdad de armas como presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de defensa<sup>2</sup> y los argumentos de la defensa fueron desoídos –ni siquiera mencionados– por los tres estamentos judiciales que intervinieron en el caso.<sup>3</sup> También hay una breve mención a la falta de aplicación del principio de la duda en favor del acusado.<sup>4</sup>

## Igualdad de armas y el derecho a presentar testigos de la defensa

En el caso del Sr. Zhang, el Tribunal Europeo vuelve a enfatizar ciertos extremos constitutivos del derecho de defensa y, por ende, de un proceso equitativo en términos del CEDH.

Uno de los aspectos esenciales para que pueda hablarse de igualdad de armas es el expuesto en el inciso d) del artículo 6.3 CEDH, que dispone que

Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

Esta cláusula la encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.2.f, pero no contiene la fórmula “testigos que declaren en su favor”.<sup>5</sup>

La precisión del CEDH tiene como uno de sus orígenes el proceso eminentemente contradictorio estadounidense que, por la Enmienda VI, incluyó en su Constitución la fórmula “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho...de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan”.

Si es difícil hablar de igualdad de armas en la etapa de investigación, puesto que es el momento en que el Estado utiliza todo su potencial para instruir un caso, frente a los –siempre inferiores– recursos de la defensa, es en el juicio público donde este concepto debe manifestarse en toda su extensión. Cuando la defensa es cercenada en su posibilidad de presentar testigos o evidencias de descargo, como el caso que nos ocupa, no hay chance alguna de hablar de una paridad procesal entre las partes.

2 TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 13 de noviembre de 2018, Court (Fourth Section), párr. 71.

3 Ídem, párr. 73.

4 Ídem, párr. 66.

5 Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha manifestado decididamente en favor de la paridad de armas: “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal vis-á-vis el derecho de defensa”. Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

En esencia, el artículo 6, párrafo 3 (d) CEDH pretende garantizar una plena igualdad de armas<sup>6</sup> y exige, por ello, que el imputado, en algún momento, tenga la oportunidad adecuada y apropiada de interrogar a los testigos de cargo y de citar a testigos de descargo.<sup>7</sup>

En el presente caso, el TEDH analizó que, sin perjuicio de las inconsistencias propias de los testigos de la acusación, hubo numerosos testigos de la defensa que no fueron escuchados en juicio. El principal de ellos es el del estudiante chino W., que confesó haber utilizado uno de los “pinchos” para lesionar a algunos de los ucranianos.

Sin embargo, enfatizó el Tribunal, no solo no fueron admitidas sus declaraciones realizadas al momento de la investigación preparatoria, sino que tampoco se intentó establecer el paradero de aquellos, ya fuera para citarlos a la justicia de Ucrania o interrogarlos en el lugar en el que se encontraran.<sup>8</sup>

En relación con la nueva ley procesal vigente en Ucrania, el TEDH señaló que la reforma, al impedir la valoración de evidencias que no fueran producidas en el debate oral, tuvo como fin terminar con las prácticas de malos tratos policiales a testigos y acusados durante la etapa de investigación. Sin embargo, tal como planteó el peticionario, esa misma norma establece que la admisibilidad de la prueba debe evaluarse bajo las previsiones de la ley procesal vigente al momento de la obtención de las evidencias. En el caso del Sr. Zhang, todas las declaraciones de los testigos de la defensa fueron recolectadas al momento de la vigencia de la anterior ley procesal, que admitía, para el juicio, las testimoniales realizadas en la etapa de investigación. Esto constituye un manifiesto apartamiento del texto legal por parte de los tribunales ucranianos al momento de rechazar la prueba de la defensa.

Pero, además, el TEDH observó que, pese a que la finalidad de la reforma procesal fue afianzar los derechos y garantías del acusado en la etapa de investigación, los jueces utilizaron la nueva normativa como argumento para excluir toda la prueba de la defensa y, por ende, eliminar cualquier oportunidad de que el Sr. Zhang pudiera hacer valer su versión de los hechos.<sup>9</sup> Un verdadero uso de las garantías en contra del imputado.

## Indiferencia a los planteos de la defensa

En lo que constituye otra afectación al derecho de defensa, el TEDH advirtió que ninguno de los tres niveles judiciales de Ucrania que intervinieron en el caso del Sr. Zhang analizó los argumentos esgrimidos por su defensa.

Nada de lo señalado con relación a las fallas observadas durante la investigación, en especial las contradicciones e inconsistencias entre los testigos de la acusación, como tampoco respecto de la exclusión de la prueba de la defensa en el juicio, fue valorado por los tribunales de Ucrania. Justamente, la ignorancia

6 Cf. TEDH, *ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS*, 8 de junio de 1976, párr. 91.

7 Cf. Ambos, K. (2008). *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México: Fontamara, p. 303.

8 Cf. TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*, cit., párr. 68.

9 Ídem, párr. 71.

de parte de los tribunales respecto de los argumentos específicos, pertinentes y relevantes alegados por el acusado constituye también una violación del juicio justo en los términos del artículo 6.1 de la CEDH.

El TEDH señaló que no puede haber efectivamente juicio justo si los planteos y observaciones de las partes no son verdaderamente escuchadas, y esto solo se verifica cuando son explícitamente analizadas en la resolución judicial. De no ser así, los derechos de la Convención se tornarían ilusorios y de ningún modo efectivos.<sup>10</sup>

En nuestro medio, ha sido la Corte Suprema en el conocido “caso Carrera”<sup>11</sup> que estableció la necesidad de analizar las argumentaciones de la defensa como elemento constitutivo de la imparcialidad judicial y su vinculación con el principio de inocencia en los siguientes términos:

“21) Que, en el contexto argumental en el que han sido expresadas, las valoraciones de prueba señaladas resultan difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. Por esa razón, no es posible tener por cumplido el deber de dar amplio tratamiento a los agravios de la defensa en el marco del derecho al recurso, el cual solo ha sido acatado de modo *meramente aparente* [...]”

22) [...] A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal.

En ese caso nuestro máximo tribunal mencionó el “acatamiento aparente” de las garantías del imputado. Ello se observa, al igual que en el caso del Sr. Zhang, cuando pese a permitir que la defensa realice todas las alegaciones y planteos que considere, los mismos son ignorados por el órgano judicial, ya sea el de juicio o el revisor.

Y en el segundo párrafo citado se explicitó la íntima vinculación entre este deber de los jueces con el principio de inocencia y la imparcialidad judicial.

Puede decirse entonces, que el respeto ficticio de las garantías debe ser observado y señalado por los órganos revisores; de lo contrario, las mismas se transforman en cáscaras vacías de contenido que habilitan la misma arbitrariedad y abuso de poder que vinieron a revertir.

10 TEDH, *Case of Carmel Saliba v. Malta*, 29 de noviembre de 2016, Court (Fourth Section), párr. 65.

11 CSJN Fallos: 339:1493.

## Duda a favor del imputado

Asimismo, el Tribunal no pasó por alto el incumplimiento de estándares básicos del juicio justo en materia penal como son la “carga de la prueba” y el “*in dubio pro reo*”.

Con cita del caso “Adjaric v. Croatia” del 13/12/2011 recordó que el deber de probar la responsabilidad penal es de la acusación y que la duda respecto a la autoría del hecho debe beneficiar al imputado. En el párrafo 66 del caso los jueces fueron elocuentes en que, pese a las indiscutidas fallas de las pruebas testimoniales, que ameritaron varias revisiones de la investigación y la revocación de la primera condena, finalmente se optó por no dudar de la credibilidad de los testigos ucranianos.

Si bien este no es de los aspectos más desarrollados en el caso, no deja de ser una afectación a las garantías fundamentales del proceso penal. Precisamente, la Corte IDH ha sostenido que la presunción de inocencia es el fundamento mismo de las garantías judiciales y del debido proceso:

el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales... Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. En este sentido, el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.<sup>12</sup>

## 4.- Conclusiones

Para finalizar, podemos decir que la decisión tomada en el caso del Sr. Zhang refuerza el valor de la defensa del acusado en lo relativo a la paridad de armas y al derecho a ser oído en forma efectiva.

La primera solo se respeta si existe la plena igualdad, lo que sucede cuando la defensa tiene “no sólo en teoría sino también en la práctica las mismas posibilidades (reales) que el acusador para influir en las decisiones de los jueces sobre el caso”.<sup>13</sup>

En el presente caso, la afectación concreta tuvo lugar en el juicio al no permitir a la defensa la posibilidad de ofrecer y examinar a sus testigos. La excusa de que los mismos no estuvieran en el territorio de Ucrania es insostenible no solo por la afectación a la posibilidad de resistir la acusación sino, además, porque con la tecnología existente al momento del juicio se podía evacuar la solicitud. Si bien no se apuntó como una posibilidad, bien se pudo haber recurrido a una declaración testimonial por transmisión simultánea de video en la que ambas partes pudieron haber examinado a los testigos de la de-

<sup>12</sup> Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 127.

<sup>13</sup> Cafferata Nores, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos aires: Del Puerto, p. 124.

fensa. La imposibilidad del acusado de escuchar los testimonios de sus connacionales chinos configuró el obstáculo fundamental para intervenir en la decisión de los jueces en el marco de un juicio justo.

La segunda afectación se configura cuando, como señalamos, pese a las manifestaciones precisas de la defensa y bajo la apariencia del ejercicio del derecho a ser oído, las cortes ignoran por completo sus alegaciones y confirman la tesis acusadora.

Ello sin dejar de observar que la valoración de la prueba de cargo se realizó en franco apartamiento del estado de inocencia que requiere, para una condena penal, de la certeza más allá de toda duda razonable.

En definitiva, el caso viene a recordarnos que el efectivo goce de los derechos humanos requiere, además de la recepción en el derecho positivo, de una progresiva y trabajosa lucha en los tribunales que, por medio de sus decisiones, hacen un discernimiento preciso del alcance de las garantías y con ello afianzan su cumplimiento.