



*Maestría en Derecho Penal*

## **La incorporación por lectura de testimonios en el debate oral, a la luz del derecho a confrontar testigos. Propuesta de incorporación del criterio de “fiabilidad” como estándar de decisión**

**Autoría:** Cano, Daniel Fernando

**Año:** 2025

### **¿Cómo citar este trabajo?**

Cano, D. (2025). *“La incorporación por lectura de testimonios en el debate oral, a la luz del derecho a confrontar testigos. Propuesta de incorporación del criterio de “fiabilidad” como estándar de decisión”*. [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella.

<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/14360>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

**Dirección:** <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA**

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**Tema de tesis:** La incorporación por lectura de testimonios en el debate oral, a la luz del derecho a confrontar testigos. Propuesta de incorporación del criterio de “fiabilidad” como estándar de decisión.

Daniel Fernando Cano

Legajo: 15A1024

DNI: 30.226.038

Tutora: Jesica Sircovich

Buenos Aires, 27 de octubre de 2025.

---

Firma tutor

## **Índice:**

- I- Introducción**
- II- La conceptualización del derecho a confrontar a los testigos de cargo**
- III- Legislación**
  - a. El Código Procesal Penal de la Nación
  - b. El Código Procesal Penal Federal
- IV- El abordaje de la cuestión en la jurisprudencia**
  - a. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
  - b. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y de la Cámara Federal de Casación Penal
- V- Algunas conclusiones parciales**
- VI- La introducción de la “fiabilidad” como criterio de decisión**
  - a. El abordaje de la cuestión en el ámbito de Tribunales Internacionales
  - b. El abordaje de la cuestión en países de tradición anglosajona (common law).
  - c. Las objeciones a la tesis aquí sostenida.
  - d. Posibles respuestas a las objeciones
- VII- Las reglas propuestas.**
- VIII- Conclusión**
- IX- Bibliografía**

## I- Introducción

En el presente trabajo abordaré una cuestión poco desarrollada en nuestro país a nivel doctrinal, en contraposición con la enorme relevancia práctica que tiene en el trabajo cotidiano de los tribunales de juicio. Me estoy refiriendo a la cuestión relativa a la incorporación por lectura durante el debate, de testimonios anteriores de testigos que, por la razón que fuere, no hubieren comparecido al juicio. Esto a la luz del derecho a confrontar a los testigos de cargo (arts. 18 C.N., 8.2.f Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>1</sup>.

La gran mayoría de las legislaciones procesales tanto a nivel de nuestro ordenamiento federal como a nivel internacional prevén alguna regla que permite estas incorporaciones en ciertos supuestos específicos que se vinculan por lo general con la imposibilidad de hacer comparecer al testigo<sup>2</sup>. El problema radica en que estas reglas, se suele afirmar que entran en conflicto con el derecho del imputado y su defensa a confrontar (interrogar) a los testigos de cargo.

En este trabajo sostendré que esta tensión entre las normas no se puede solucionar simplemente dando preeminencia a aquella de nivel superior. En primer lugar, porque sabido es, ninguna norma tiene carácter absoluto e incluso los derechos fundamentales pueden ser restringidos<sup>3</sup>; en segundo lugar, porque se concebirá a esta garantía en términos instrumentales por lo que se considerará que es preciso tener en cuenta los fines que la ordenan; en tercer lugar, porque en esta tensión la decisión a favor de otorgar preeminencia a la garantía constitucional no resulta inocua. En la generalidad de los casos esta decisión tiene un costo en términos de garantías de las víctimas y en términos del interés Estatal -y de la sociedad toda- por

---

<sup>1</sup> No será objeto de este trabajo una cuestión vinculada, cuyo enfoque debiera resultar similar, aunque no necesariamente idéntico, cual es la posibilidad de confrontar los testimonios de los testigos que sí hubieran concurrido, con aquello que hayan dicho con anterioridad en otras instancias del proceso.

<sup>2</sup> En general se contemplan situaciones tales como que el testigo hubiere muerto, estuviere incapacitado, no residiera más en el país o se desconociese su domicilio. También en algunas legislaciones extranjeras se prevén otros supuestos como la existencia de un temor fundado a declarar.

<sup>3</sup> Ver en este sentido: Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 267 y ss.

lograr una efectiva administración de justicia y una minimización de los resultados erróneos<sup>4</sup>.

En este marco, ahondaré en la forma en la que este problema es resuelto en la legislación y jurisprudencia vigentes en nuestro país y, con base fundamentalmente en el derecho comparado, propondré la utilidad de incorporar como criterio decisivo a la hora de adoptar una decisión la cuestión de la “*fiabilidad del testimonio*”.

Se expondrán los argumentos a favor de este enfoque; las posibilidades de aplicarlo en el marco normativo vigente; las críticas que se suelen realizar a este criterio en el derecho comparado y los posibles contra argumentos.

Finalmente se esbozarán ciertas conclusiones procurando realizar una propuesta concreta de reglas aplicables que resulte respetuosa del derecho constitucional a “*confrontar a los testigos de cargo*” pero que con base en el “*test de fiabilidad*” permita adoptar decisiones que impliquen ponderar también los intereses contrapuestos a los derechos de los imputados que se presentan en todo juicio penal.

## **II- La conceptualización del derecho a confrontar a los testigos de cargo**

El estudio histórico del derecho a confrontar a los testigos de cargo no arroja conclusiones claras acerca de su origen<sup>5</sup>. Esto resulta problemático porque de

---

<sup>4</sup> Laudan señala que repetidamente la Suprema Corte norteamericana ha insistido en que la función del proceso legal es minimizar el riesgo de decisiones erróneas (U.S. Supreme Court, *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, at 425 -1979-), sin embargo, se pregunta si en la práctica la Suprema Corte ha hecho esfuerzos serios por llevar a la práctica esta filosofía (Laudan, Larry, *Truth, error and criminal law, An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006, p. 231).

<sup>5</sup> Ver en este sentido: Jonakait, Randolph N., *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, Rutgers Law Journal, Vol. 27, Issue 1 (Autumn 1995), pp. 77-168. Disponible en: <https://digitalcommons.nyls.edu>. Este autor, en base a diferente evidencia histórica, concibe el origen histórico de este derecho, no en el common law inglés como suele predicarse, sino en un desarrollo propio del proceso judicial norteamericano del siglo XVIII enderezado a dotar al imputado de poder adversarial en el proceso penal. Entiende que este derecho no nació en el marco de un proceso autónomo sino como parte de un reconocimiento general de diferentes derechos y garantías del acusado (como el derecho a contar con un abogado defensor).

contrario a lo que se suele predicar, poco explica el estudio de la historia de este precepto acerca de sus fines<sup>6</sup>.

Ahondaré en esta cuestión más adelante, de momento lo que quiero señalar es que cualquier análisis de este tema debe partir de una toma de postura inicial acerca del sentido último del derecho a confrontar a los testigos de cargo. La forma en la que se conciba a este derecho va a incidir necesariamente en cualquier decisión que se adopte en orden a su aplicación práctica.

Este derecho puede concebirse como un fin en sí mismo, vinculado a la dignidad de la persona sometida a juicio e ínsito en la propia dinámica del proceso adversarial<sup>7</sup> o, por el contrario, puede entenderse como de carácter procedimental o instrumental, asociado al objetivo de lograr la verdad procesal y minimizar el riesgo de resultados erróneos<sup>8</sup>.

En este último caso, si no puede alcanzarse ese objetivo -la búsqueda de la verdad procesal- por vía de la confrontación, cabe preguntarse si puede alcanzarse por otros medios, sin necesidad de excluir el testimonio obtenido previamente.

Si, de contrario, se concibe al derecho a interrogar a los testigos como un fin en sí mismo, no instrumental, vinculado a la dignidad de la persona sometida a proceso, ya no pueden pensarse sustitutos procesales o instrumentales, porque, de hecho, no existe objetivo distinto al hecho mismo del interrogatorio por parte del imputado y su defensa<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Jonakait sostiene que: “la sexta enmienda constitucionalizó el nuevo sistema acusatorio de juicio penal, pero nada indica que quienes lo redactaron, adoptaron y fomentaron tuvieran en mente una definición específica” (The origins of the confrontation clause, op. cit.).

<sup>7</sup> En este sentido: Jonakait, Randolph, The origins of the confrontation clause, op. cit.).

<sup>8</sup> En esta línea la Suprema Corte norteamericana en “Tennessee v. Street” (471 U.S. 409, 415 -1985-) sostuvo que la misión de esta cláusula consiste en lograr mayor precisión en la determinación de la verdad en los juicios penales.

<sup>9</sup> En este sentido, por caso, Alcacer Guirao afirma que el derecho a confrontar 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 defensa, le permite intervenir directamente en la conformación de la prueba y ser tomado, por ello, como sujeto y no meramente como objeto del proceso” (Alcacer Guirao, Rafael, op. cit.). En un sentido similar, entre nosotros, Luis García sostiene que el derecho a confrontar a los testigos de cargo es un derivado del derecho al control de la prueba que, a su vez, emana del principio de igualdad de armas (García, Luis, *El Principio de Igualdad de Armas y los nuevos requerimientos (El derecho al control de la prueba introducida en el juicio. La incorporación de actas y la ocultación de la identidad de testigos, informantes e investigadores bajo cubierta)*, El Dial.com. DC69 y “Prudentia Juris” revista de la Universidad Católica de Buenos Aires, volumen 50, año 1999).

Esta segunda posibilidad, cabe aclarar, no importa que se conciba a este derecho como un derecho absoluto. Aun así, puede resultar válido, en el caso concreto, ponderar los costos asociados a la exclusión de un testimonio en contraposición con otros derechos (como el derecho de las víctimas o el interés de la sociedad en la obtención de justicia)<sup>10</sup>. Sí significa que ya no tendría sentido (o no tendría tanto sentido) preguntarse acerca de si es posible asegurar la fiabilidad del testimonio por otras vías.

Ahora bien, no es mi intención extenderme sobre cuestiones filosóficas, pero lo cierto es que es difícil encontrar una justificación moral o ética que permita fundar determinada exigencia de participación del imputado en el proceso distinta al riesgo de que el resultado de ese proceso termine resultando injusto.

No hay indignidad, no se mansilla a nadie, no se cosifica a nadie, cuando por causas ajenas al Tribunal un imputado se ve impedido de interrogar a un testigo. A ese imputado, fuera de ello, siempre se le va a permitir expresarse en el proceso las veces que quiera, valorar por sí, o por intermedio de su defensa, la totalidad de la prueba y refutar los argumentos de la acusación, por lo que difícilmente pueda afirmarse que una imposibilidad fáctica de interrogar a alguien transforme de facto a la persona en un mero objeto a los fines del juicio.

No se advierte en que punto una situación tal pueda afirmarse que afecta su dignidad humana. De hecho, el imputado se encontrará siempre en condición de paridad con la acusación en la posibilidad de valoración del conjunto de pruebas disponibles. Una situación de equidad, de paridad entre las partes, difícilmente pueda concebirse con indigna para una sola de estas.

Visto desde otra perspectiva, y ya enfocado en el objeto del presente trabajo: no encuentro ningún fundamento ético ni de justicia sustantiva para afirmar que los acusados tienen que ser absueltos a pesar de que su culpabilidad pueda

---

<sup>10</sup> Un análisis de la cuestión del derecho a confrontar como derecho absoluto o relativo y las posibles consecuencias de estos puntos de partida puede encontrarse en: Fenner, Michael, *Today's confrontation clause (after Crawford and Melendez-Díaz)*, Creighton Law Review, volume 43, p. 85. Este autor sostiene que el mejor argumento a favor de no considerar a este derecho como absoluto radica en que ningún derecho constitucional es absoluto. Refiere que todo derecho constitucional es limitado al menos en situaciones en las que el Estado tiene una razón imperiosa para su acción que infringe ese derecho y su acción restringe ese derecho tan poco como sea necesario para el logro de ese interés estatal (p. 90). Disponible en: [www.creighton.edu](http://www.creighton.edu).

posiblemente ser demostrada por fuera de toda duda razonable a partir de la incorporación de testimonios fiables, por el solo hecho de que sus defensas no tengan la posibilidad de interrogar a esos testigos.

Rovatti, con cita de Stein<sup>11</sup>, se pregunta si una regla que obligue a permitir que el imputado interroge al testigo tendría algún sentido en un mundo en el que los jueces resulten infalibles. La respuesta es negativa, a menos que en ese mundo se conciba al interrogatorio como una suerte de ritual sin incidencia en la resolución del caso.

Este ejercicio de imaginación es tal vez lo que nos permite acercarnos a la respuesta que entiendo correcta: el derecho a interrogar a los testigos tiene un fin instrumental, es un medio, no el único y probablemente tampoco el más efectivo, para asegurar la fiabilidad del testimonio y con ello para reducir el riesgo de una condena injusta.

### **III- Legislación**

El derecho a confrontar a los testigos de cargo, por lo general se entiende derivado del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Además, se encuentra específicamente resguardado en dos Convenciones internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.): la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2º, apartado “f”)<sup>12</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.e)<sup>13</sup>.

A nivel legislativo, sabido es, en tanto se trata de una facultad no delegada por las provincias a la Nación, cada jurisdicción tiene su propio Código

---

<sup>11</sup> Stein, A., Foundations of evidence law, Oxford University Press, New York, 2005.

<sup>12</sup> Art. 8, inc. 2º: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

<sup>13</sup> Art. 14, inc. 3º: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;



procesal. Devendría en una tarea titánica que excedería los límites del presente trabajo analizarlos todos. Por ello me voy a centrar en el Código Procesal todavía vigente a nivel nacional -y en algunas jurisdicciones a nivel federal- y en el nuevo Código Procesal Penal Federal. En ambos casos analizaré la forma en la que se encuentra regulada la posibilidad de incorporar por lectura testimonios al debate.

### **c. El Código Procesal Penal de la Nación**

El Código Procesal Penal de la Nación regula la cuestión en dos artículos. En el art. 392 establece la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones de coimputados sobreseídos sin ningún tipo de reaseguro o condicionamiento. En el art. 391 establece cuatro excepciones a la oralidad de los testimonios en el debate.

A los fines de este trabajo me centraré en el supuesto más controversial que es el previsto en el inc. 3° que establece la posibilidad de incorporar testimonios por lectura *“cuando el testigo hubiere fallecido o estuviere ausente del país o se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado para declarar por cualquier causa”*.

Es claro que este artículo abre una puerta, probablemente demasiado grande, para que se incorporen testimonios por lectura sin que la defensa haya podido ejercer el derecho a confrontarlos y a interrogarlos.

Este artículo, además, deja sin resolver una multiplicidad de cuestiones y genera muchos problemas y dudas en su aplicación práctica que no serán objeto de estudio aquí<sup>14</sup>. En lo que respecta concretamente a este trabajo puede

---

<sup>14</sup> Es válido preguntarse cuál nivel de esfuerzo resulta exigible antes de concluir que una persona se halla inhallable y proceder a la incorporación por lectura de su testimonio anterior. Esto, a su vez, nos lleva a otra pregunta que también es válido formularse: ¿Quién tiene que hacer ese esfuerzo extra que tal vez requiere la búsqueda de un testigo? ¿Es el Tribunal como encargado de cursar las citaciones en el esquema de este Código? ¿La Fiscalía que es por lo general la parte más interesada en incorporar el testimonio como prueba? ¿O es la Defensa que es la parte a la que, por lo general, no le conviene que se incorpore el testimonio por lectura? Pero además de estos interrogantes de tipo operativos (aunque de una relevancia práctica mayúscula en la decisión de fondo a adoptar), se abren también preguntas de tipo sustantivo: ¿Qué tipo de declaraciones se pueden confrontar? ¿Es necesario que sean declaraciones judiciales o pueden ser en sede de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) o de una fuerza de seguridad? Por lo demás, este artículo agrupa situaciones que son de imposible solución como el caso del fallecimiento de un testigo, con otras que, por vía de hipótesis, en algunos casos, pueden llegar a

afirmarse que es claro que esta disposición legal, interpretada en forma literal y descontextualizada de nuestro plexo constitucional, ningún reaseguro exige en términos del mentado derecho a confrontar a los testigos de cargo.

En la práctica, como luego veremos, la jurisprudencia absolutamente mayoritaria, máxime luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara el conocido precedente “Benítez”<sup>15</sup>, realiza una interpretación más o menos restrictiva de este artículo, pero siempre teniendo en miras el referido derecho de confrontación.

#### **d. Código Procesal Penal Federal**

El nuevo Código Procesal Penal Federal da respuesta a algunos de los interrogantes que se plantean en la aplicación del CPPN que mencioné en el apartado anterior, pero deja abiertas otras cuestiones sin resolver.

La posibilidad de incorporar por lectura declaraciones prestadas con anterioridad en forma íntegra se encuentra regulada en los incisos a) y c) del artículo 289.

En el inciso a) se establece esta posibilidad con relación a *“las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presencié el acto”*; en el inciso c) se hace alusión a: *“Los registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas notificando previamente a la defensa y en conformidad con las demás pautas establecidas en este Código”*.

Los supuestos del inc. c) son similares a los supuestos del inciso 3° del art. 391 CPPN. La diferencia es que se agrega el supuesto de “incapacidad física o mental” y se sustituye la referencia a testigos que se encontraren “inhabilitados por

---

subsanarse (así, por caso, el testigo que se encuentra fuera del país puede declarar por exhorto diplomático o, apelando a las nuevas tecnologías, mediante videoconferencia).

<sup>15</sup> CSJN, Fallos, 329:5556.

cualquier causa para declarar” por una redacción todavía más amplia que refiere a testigos que “por cualquier motivo difícil de superar no pudieran declarar en el juicio”.

Por otra parte, a diferencia del CPPN que ninguna relevancia daba a la participación de la Defensa en la declaración que se pretende incorporar por lectura, el nuevo Código establece que solo se podrán incorporar las declaraciones tomadas previa notificación a la Defensa.

En cuanto al inc. a) del artículo 289 que prevé la posibilidad de incorporar por lectura las pruebas recabadas de acuerdo a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, debo decir que siendo suficiente de acuerdo a la regla del inc. c) con que se le hubiere notificado a la Defensa que se iba a recibir una declaración, no termina de quedar claro en que supuesto resultaría útil durante la instrucción acudir al procedimiento del anticipo de prueba previsto en el art. 262 del mismo Código.

#### **IV- El abordaje de la cuestión en la jurisprudencia**

##### **a. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Como ya anticipé, el *leading case* de nuestro máximo Tribunal en la materia es el conocido precedente “Benítez”<sup>16</sup> del 12 de diciembre de 2006. En ese caso la Defensa cuestionaba la incorporación por lectura de testimonios de testigos que el Tribunal de juicio no había podido ubicar para que declaren en el debate oral. La Corte consideró que se trataba de prueba de cargo decisiva que la defensa no había tenido posibilidad de controlar en desmedro del derecho consagrado en el art. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el art. 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, el máximo Tribunal, con cita del precedente “Unterpertinger vs. Austria”<sup>17</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que “*bajo ciertas*

---

<sup>16</sup> CSJN, Fallos, 329:5556. Posteriormente ratificó esta doctrina en “Cejas, Hugo Daniel y otros s/ recurso de casación” CSJ 991/2017/RH1, rta. el 30/8/22; “Peruano, Carlos s/ amenazas con armas en el marco de violencia de género y amenazas con armas en concurso real” CSJ 1367/2020/RH1, rta. el 7/4/22.

<sup>17</sup> TEDH, “Unterpertinger vs. Austria”, sentencia del 24 de noviembre de 1986.

*condiciones*” (que no precisó) el procedimiento de incorporación por lectura sí resulta admisible<sup>18</sup>.

La Corte volvió a expedirse sobre esta cuestión en el fallo “Gallo López”<sup>19</sup> del año 2011. En el caso -que trataba sobre el abuso sexual de una menor-, el Tribunal de juicio había incorporado por lectura el testimonio de la menor en razón de que los psicólogos habían desaconsejado que declare en el juicio y también había incorporado los dichos de la denunciante (la tía de la menor) con base en que no se la había podido ubicar para que declare en el debate. La Cámara de Casación había anulado el juicio y había ordenado que otro Tribunal ordene que psicólogos “preparen” a la víctima para declarar al debate y que se realice una búsqueda intensiva de la denunciante. El fiscal presentó recurso extraordinario.

La mayoría de la Corte anuló el pronunciamiento de la Cámara de Casación, sin pronunciarse expresamente sobre la validez de la incorporación por lectura ordenada. Esto con el argumento de que existían pruebas independientes que avalaban el dictado de la sentencia condenatoria. Particularmente interesante es el voto concurrente de la Dra. Highton de Nolasco. Ella sí se hizo cargo de la validez de la incorporación por lectura realizada y refirió que *“no toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo...”*. En este marco sostuvo que la restricción a este derecho estaba justificada en el caso por la colisión que se presentaba con el interés estatal en preservar la integridad psicológica de una víctima en especial situación de vulnerabilidad<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Vale mencionar en este punto que luego del fallo “Unterpertinger” -que data del 24 de noviembre de 1986- y luego también de que nuestro máximo Tribunal se pronunciara en “Benítez”, el TEDH se expidió sobre este tema en otros casos en los que, en gran medida, relativizó las conclusiones del precedente “Unterpertinger”. Esta cuestión la abordaré en detalle en el apartado correspondiente del presente trabajo.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos, 334:725.

<sup>20</sup> Sobre este voto Piqué señala: *“...el procurador fiscal y la ministra Highton, lejos de esquivar la cuestión del conflicto de derechos que se presentaba en el caso, y de invisibilizar el relato de la víctima, tomaron el toro por las astas y ponderaron la razonabilidad de la incorporación al debate de prueba no controlada por la defensa a la luz de los intereses en juego. La conclusión de ambos fue que la limitación que se había configurado en el caso al derecho de interrogar a los testigos había sido razonable, ya que guardaba proporcionalidad con -y era un medio útil para alcanzar- el objetivo dque la restricción había perseguido: proteger los intereses de una niña víctima de un delito contra la integridad sexual que se encontraba en una situación de vulnerabilidad”* (Piqué, María Luisa, *El conflicto entre el derecho de interrogar a los*

**b. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y de la Cámara Federal de Casación Penal**

Mientras que en la Cámara Federal de Casación Penal, sus integrantes, salvo por pequeños matices, mantienen una postura uniforme, no sucede lo mismo en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Veamos.

Por un lado, están los jueces que avalan la incorporación por lectura de los testimonios tomados en instrucción aun cuando las declaraciones hubieren sido recibidas sin control de la Defensa, siempre que no resulten dirimentes. Esta es la postura que impera entre los magistrados de la Cámara Federal de Casación cuyos votos

---

*testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de 'Gallo López', en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (tomo 16), Hammurabi, Buenos Aires, p. 155).*

sobre este tema fue posible relevar (jueces Petrone<sup>21</sup>, Hornos<sup>22</sup>, Borinsky<sup>23</sup>, Carbajo<sup>24</sup>, Slokar<sup>25</sup>, Barroetaveña<sup>26</sup>, Ledesma<sup>27</sup>, Figueroa<sup>28</sup> y Yacobucci<sup>29</sup>).

En el caso de la Cámara Nacional de Casación, los concretos alcances de las posturas de los jueces que la integran presentan muchos matices y en algunos casos no resultan del todo claros.

El juez Morin entiende que la Corte en Benítez consagró un estándar *“supeditado al cumplimiento de una doble condición”*: 1) que la defensa hubiere tenido una oportunidad de controlar la prueba y 2) que la condena no se base en prueba de cargo decisiva que la Defensa no tuvo la oportunidad de controlar<sup>30</sup>. Si bien en general

---

<sup>21</sup> CFCP, S. I, “Sambusi, Claudia”, reg. 1089/23, resuelta el 19 de septiembre de 2023; S. I, “Capossello, Silvia”, reg. 435/24, rta. el 3 de mayo de 2024 y S. I, “Castro Ramos, Matías”, reg. 380/25, rta. el 8 de mayo de 2025, entre otros.

<sup>22</sup> CFCP, S. I. “Cho, Yong Ha”, reg. 1312/18, rta. el 5 de noviembre de 2018; S. IV “Gonzalez, Carlos”, reg. 990/19.4, rta. el 23 de mayo de 2019, S. IV, “Pérez, Walter Hernán”, reg. N°1227/20, rta. el 30/7/20 y “Trejo, Hugo”, reg. 900/22.4, resuelta el 5 de julio de 2022, entre otros. La posición del juez Hornos, sin embargo, merece un análisis más pormenorizado que abordaré en capítulos posteriores.

<sup>23</sup> CFCP, S. IV, “Gil Daniel Alberto”, reg. n° 691/19.4, rta. el 17 de abril de 2019; S. IV “Cabanillas, Eduardo”, reg. 1118/21, rta. el 15 de julio de 2021; “Trejo, Hugo”, reg. 900/22.4, resuelta el 5 de julio de 2022; S. IV “Cuello Videla, Mariela”, reg. 185/24.4, rta. el 6 de marzo de 2024 y S. IV “Fernández de Kirchner, Cristina”, reg. 1373.24.4, rta. el 13 de noviembre de 2024, entre otros.

<sup>24</sup> CFCP, S. IV, “Samid, José Alberto”, reg. 2404/19.4, rta. el 27 de noviembre de 2019; S. IV, “Saucedo Roca, Roberto”, reg. 243/22, rta. el 15 de marzo de 2022; S. IV “Cuello Videla, Mariela”, reg. 185/24.4, rta. el 6 de marzo de 2024, entre otros.

<sup>25</sup> CFCP, S. II, “Müller, Pedro”, reg. 1589/21, rta. el 29 de septiembre de 2021, S. II, “Dechanzi, Claudia”, reg. 5/24, rta. el 6 de febrero de 2024 y S. II, “Ugón, Víctor”, reg. 1120/24, rta. el 18 de septiembre de 2024, entre otros.

<sup>26</sup> CFCP, S. I “Rivarola, Héctor”, reg. 1791/19, rta. el 9 de octubre de 2019; S. I, “Suarez, Jorge”, reg. 1960/21, rta. el 22 de octubre de 2021 y S. I, “Costa, Jorge”, reg. 623/25, rta. el 12 de junio de 2025, entre otros.

<sup>27</sup> CFCP, S. II “Cornejo Torino, Jorge”, reg. 1673, rta. el 19 de diciembre de 2017; S. II, “Luna, Leonel”, reg. 112/18, rta. el 21 de marzo de 2018; S. II, “Espíndola, Samuel”, reg. 2720/19, rta. el 23 de diciembre de 2019 y S. IV, “Torrico Claros, Fermin”, reg. 1882/21.4, rta. el 12 de noviembre de 2021, entre otros.

<sup>28</sup> CFCP, S. II, “Luna, Leonel”, reg. 112/18, rta. el 21 de marzo de 2018; S. I, “Mamani Mamani, Grober”, reg. 849/19, rta. el 22 de mayo de 2019; S. I, “Rivarola, Héctor”, reg. 1791/19, rta. el 9 de octubre de 2019.

<sup>29</sup> CFCP, S. II, “Espíndola, Samuel”, reg. 2720/19, rta. el 23 de diciembre de 2019 y S. IV, “Santi, Américo”, reg. 1295.23.4, rta. el 22 de septiembre de 2023 y S. II “Aceituno, Raúl”, reg. 523/25, rta. el 20 de mayo de 2025, entre otros.

<sup>30</sup> CNCC, S. II, “Asca Lay, Jesus”, reg. 1904/19, resuelta el 12/12/19. En el mismo sentido: S. II, Vallejos Meneses, reg. 1659/21, rta. el 3/11/21. En términos similares podía encontrarse la posición de la Jueza Llerena, en este sentido ver: CNCCC, S. I, “Barez, Noelia”, reg. 182/19, resuelta el 7/3/19.

este magistrado no termina de desarrollar como debieran “jugar” ambas condiciones en cada caso, una pauta en tal sentido surge de su voto en el precedente “Zavala” en el que no ingresó en el tratamiento del agravio relativo a la imposibilidad de confrontar el testimonio por considerarlo “innecesario” en razón de que no se trataba de una prueba de cargo “decisiva”<sup>31</sup>.

En sentido semejante, el Juez Rimondi descarta la afectación al derecho a confrontar a los testigos cuando la declaración no constituye “*la prueba única o principal de cargo*”<sup>32</sup>. En otro precedente precisó que la declaración incorporada en estos términos tiene una “*potencia cargosa*” menor, pero señaló que no existe un agravio serio cuando la condena se basó “*además*” en otros elementos de convicción que sí pudieron ser controlados<sup>33</sup>. También se pronuncia en este sentido el Juez Jantus para quien no corresponde la exclusión del testimonio incorporado por lectura cuando no se trató de una prueba dirimente<sup>34</sup>.

En la misma línea, aunque no en términos idénticos, se pronuncia el Juez Huarte Petite. Para él, pueden incorporarse declaraciones prestadas en instrucción sin control de la defensa, pero solo a título “indiciario”<sup>35</sup>.

Es claro que no es lo mismo determinar si la prueba era “decisiva” -o no-; a establecer si había “además” otros elementos de cargo que la avalaran; a considerar que siempre pueden tenerse en cuenta, pero solo a título “indiciario”. Sin

---

<sup>31</sup> CNCC, S. I “Zavala, Emmanuel”, reg. 1549/21, rta. el 20/10/21.

<sup>32</sup> CNCCC, S. I, Torres Miguel, reg. 1850/21, rta. 1/12/21 con cita del precedente “Gallo López” del máximo Tribunal.

<sup>33</sup> CNCCC, S. I “Ortigoza Rios, Marcos”, reg. 1724/22, resuelta el 25 de octubre de 2022. En sentido similar, más recientemente: CNCCC, S. I “Sambrana Cristian”, rta. el 21 de febrero de 2025, reg. 142/25.

<sup>34</sup> CNCC, S. III, “Alvarez, Guillermo”, reg. 155/22, resuelta el 24/2/22. En el mismo sentido en otro precedente precisó: “*En estas condiciones, reconocer a la defensa, con la amplitud que pretende, un derecho absoluto a un interrogar a un testigo cuya comparecencia no se ha logrado por la circunstancia mencionada, aunque al amparo del derecho a la defensa en juicio y de los principios que abonan el debate –oralidad, publicidad, inmediación–, colide con los que con igual jerarquía se reconoce a la víctima de este tipo de casos*”-se trataba de un caso de violencia de género- (CNCCC, S. III, “Rojas, Alexander”, reg. 1942/21, rta. el 16/12/21). También en esta línea, más recientemente: CNCC, S. III, “Chavarría Condori”, rta. el 6/03/25, reg. 226/25.

<sup>35</sup> CNCCC, S. III, “Romeo, Esteban”, reg. 1713/18, resuelta el 28/12/18. En otro precedente precisó: “*...podrían tener un valor probatorio indiciario, que sólo permitiría arribar a la certeza que exige una condena y derribar el estado de inocencia del acusado, si se complementan con otros testimonios o elementos externos y unívocos que hayan sido sometidos al debido control de las partes, y conduzcan sin hesitación a idéntica conclusión...*” (CNCCC, S. III, “Rojas, Alexander”, reg. 1942/21, rta. el 16/12/21).

embargo, con matices, estas posturas tienen siempre un denominador común en cuanto a que, en definitiva, bajo determinadas condiciones, se avala el ingreso al plexo probatorio de testimonios receptados en instrucción.

En el extremo opuesto tenemos la posición de los jueces Bruzzone y, la del entonces juez Mario Magariños, quienes excluyen toda posibilidad de incorporar al juicio testimonios tomados en instrucción sin control de la Defensa, con independencia de su carácter dirimente o no.

Magariños entiende que las declaraciones prestadas en instrucción sin control efectivo por parte del imputado deben directamente excluirse del cuadro probatorio o, lo que es lo mismo, no pueden ser incorporadas<sup>36</sup>. En sentido similar se pronuncia el Juez Bruzzone<sup>37</sup>. También en este sentido el juez García sostenía que si el testimonio fue tomado sin habersele dado a la defensa una oportunidad de control suficiente, tiene que ser excluido de la base probatoria. Sin embargo, aclaraba, ello no determina la nulidad de la sentencia y es necesario determinar si se hubiera podido llegar a la misma conclusión sin usar ese testimonio. Con cita de ciertos precedentes del TEDH refería que: *“no basta la posibilidad de alegar o someter las declaraciones a la confrontación crítica con otros elementos” y que ello no resulta un sustituto adecuado del derecho a confrontar*<sup>38</sup>.

La posición del Juez Bruzzone requiere alguna precisión adicional.

En un primer momento en el precedente “Torres” sostenía que no bastaba con que la defensa hubiere sido notificada en instrucción de que se llevaría adelante una declaración testimonial. En tanto la defensa no está obligada a concurrir a ese acto, sostenía que la garantía solo se veía satisfecha si efectivamente había concurrido y había entonces podido presenciar la declaración e interrogar al testigo<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> CNCCC, S. III, “Alvarez, Guillermo”, reg. 155/22, resuelta el 24/2/22. En el mismo sentido: S. III, “Rojas, Alexander”, reg. 1942/21, rta. el 16/12/21

<sup>37</sup> CNCCC, S. I, “Rodríguez Jonathan y otro”, reg. 1512/19, resuelta el 24 de octubre de 2019.

<sup>38</sup> Vale señalar que esta posición del TEDH que reseñaba el Dr. García no se corresponde con su jurisprudencia de los últimos años, cuestión que abordaré en el apartado correspondiente.

<sup>39</sup> CNCCC, S. I “Torres Juan”, reg. 824/15, 29 de diciembre 2015. El juez García, en el mismo precedente coincidió con esta postura y sostuvo: *“...no puede predicarse la existencia de una regla general abstracta según la cual toda declaración del testigo que declara durante la investigación podrá eventualmente ser*



Sin embargo, en un precedente más reciente, de contrario, sostuvo que si la Defensa había sido notificada de la realización del acto, quedaba cumplido el requisito de “posibilidad de control” con independencia de que no hubiera ejercido ese derecho<sup>40</sup>.

Finalmente, en un punto intermedio encontramos la posición del juez Sarabayrouse.

Sarabayrouse es más críptico en sus apreciaciones sobre este tema. No descarta la incorporación por lectura de las declaraciones prestadas en instrucción en los supuestos del art. 391 CPP pero entiende que ello exige: 1) un esfuerzo adicional de fundamentación por parte del tribunal y; 2) la necesidad de analizar esas declaraciones con mayor cautela en virtud de su menor valor epistemológico<sup>41</sup>. El problema con relación a la primera exigencia es que no se precisa bajo que parámetros resultaría satisfecho ese “esfuerzo adicional de fundamentación” que postula<sup>42</sup>.

## **V- Algunas conclusiones parciales**

En definitiva, en nuestro medio tenemos una legislación, si se quiere, muy permisiva como lo es el Código Procesal Penal de la Nación que permite la incorporación por lectura y el confronte, cuando se den determinados supuestos, sin restricción alguna en orden a la importancia del testimonio de que se trate, ni en orden a la forma en la que fue recepcionado. Esta legislación, sin embargo, en su aplicación práctica se ha visto muy restringida a partir del precedente “Benítez” del máximo

---

*utilizada en el juicio si el testigo se ausenta o no está ya disponible, e inferir de ello que carga la defensa con participar en toda declaración de la instrucción, o la de promover un nuevo interrogatorio durante la instrucción si no hubiese participado de la declaración inicial. La existencia de una regla tal sólo podría entrar en consideración si se desnaturalizase el objeto del juicio...”*.

<sup>40</sup> CNCCC, S. I, “Gimenez, Pablo”, reg. 377/19, resuelta el 11/4/19 (voto del Juez Bruzzzone al que adhirieron la Jueza Llerena y el Juez Rimondi).

<sup>41</sup> CNCCC, S. II, “Florentin, Heber”, reg. 911/18, rta. el 6/8/18. Una idea similar en cuanto al valor epistémico de las pruebas así incorporadas esbozaré sobre el final del presente trabajo.

<sup>42</sup> En otro precedente, indica que “...se trata de la búsqueda de un equilibrio entre la pretensión estatal de imponer una pena y de hacerlo con el reconocimiento de ciertas garantías, entre ellas, la posibilidad de interrogar al testigo de cargo” (CNCC, S. II, “Asca Lay, Jesus”, reg. 1904/19, resuelta el 12/12/19).

Tribunal, que establece como parámetro decisivo la cuestión atinente a la caracterización del testimonio como “dirimente”.

Así conviven una legislación absolutamente permisiva; con una directriz de la Corte -si nos limitamos al *leading case* “Benítez”- muy restrictiva.

Ahora bien, la Corte no lo dijo expresamente, pero de algunos de los términos empleados en “Benítez”, y de las citas que realiza de jurisprudencia de Tribunales internacionales, se infiere que el agravio constitucional quedaría saldado en caso de que la Defensa hubiere tenido posibilidad de controlar el testimonio en la etapa de investigación<sup>43</sup>.

Lo cierto es que en “Benítez” la Corte dejó sin respuesta la pregunta acerca de que posición corresponde adoptar en los casos en los cuales no hubiere existido control por parte de la Defensa, pero en los que, a diferencia de lo que sucedía en ese precedente, el testimonio que se pretende incorporar no resulte dirimente. Esta podría decirse que fue la situación que se le presentó en “Gallo López”, fallo en el que, como vimos, terminó anulando la resolución de la casación que, a su vez, había anulado el juicio en el entendimiento de que el caso difería de “Benítez”, porque existían pruebas independientes.

En definitiva, si aunamos la doctrina de la Corte en estos dos precedentes podemos concluir que:

- a) Si se trata de prueba dirimente, solo se puede incorporar por lectura el testimonio que fue recabado en instrucción en circunstancias en las que la defensa tuvo la posibilidad de controlarlo.

---

<sup>43</sup> En este sentido vale mencionar que la Corte sostuvo en ese precedente que “*el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar...*”; que “*...lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado (conf. TEDH, caso Unterpertinger vs. Austria, serie A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31)*” y que “*el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido ‘una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra’ (conf. TEDH, caso Säidi vs. Francia, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43 -sin destacar en el original-; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)*”.

b) Si no se trata de prueba dirimente, el testimonio se puede incorporar, aun cuando la defensa no hubiere tenido la posibilidad de controlarlo en instrucción.

En los Tribunales inferiores la conclusión a) -que surge de “Benítez”-, está fuera de discusión. La conclusión b) -que se desprende de “Gallo López”-, en cambio, es sostenida por la mayoría de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal, pero no es mayoritaria en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en las que, como vimos, los diferentes jueces que la integran se pronuncian con mayores matices.

En este marco es claro que al menos los jueces Bruzzone y Magariños no comparten la premisa b). Ellos “van más allá”, y propugnan la exclusión de todo testimonio que no pudo ser controlado por la defensa, aun cuando no fuere dirimente.

Lo dirimente o no del testimonio tampoco fue receptado como criterio por el nuevo Código Procesal Penal Federal que, en este sentido, resulta más restrictivo que la doctrina que surge de “Benítez” y “Gallo López” y, en línea con la posición de los jueces Bruzzone y Magariños, establece que la incorporación nunca es posible si no hubo una posibilidad de control previa (art. 289 inc. “a” y “c”).

Lo cierto es que, con independencia de lo que surge del nuevo Código Federal, si estamos al criterio del máximo Tribunal, no debiera considerarse que existe una afectación a garantías constitucionales cuando se trata de la incorporación de testimonios no dirimientes no controlados por la defensa.

Dicho esto, y como se puede apreciar hasta aquí, ni a nivel legislativo ni la jurisprudencia vigente, introducen como criterio de decisión la cuestión de la fiabilidad del testimonio que se pretende incorporar.

En lo sucesivo realizaré mi propuesta con relación a esta cuestión, teniendo en cuenta fundamentalmente su tratamiento en el ámbito de los Tribunales internacionales y en el derecho comparado.

Este enfoque resulta particularmente pertinente toda vez que en “Benítez” la Corte sustentó su postura, fundamentalmente, en precedentes del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, pero lo cierto es que, desde entonces, dicho Tribunal fue virando su posición hacia un enfoque más flexible que aquel que tuvo en cuenta hace ya casi 20 años nuestro máximo Tribunal. Este enfoque actual introduce, justamente, como criterio decisivo, la cuestión de la “fiabilidad” del testimonio.

## **VI- La introducción de la “fiabilidad” como criterio de decisión**

Como se puede apreciar de la reseña realizada hasta el momento, la jurisprudencia actualmente vigente en nuestro país, siguiendo los lineamientos dados por la Corte Suprema, hace girar la discusión en torno al carácter dirimente o no del testimonio y, en su caso, circunscribe el análisis a la cuestión de la existencia o no de una posibilidad previa de confrontarlo.

En este marco, siempre que se trate de un testimonio “dirimente” el derecho a confrontar a los testigos de cargo se presenta como un derecho cuasi absoluto que debe haber sido garantizado en alguna instancia del proceso. Como vimos, el nuevo Código Procesal Penal Federal lleva esta tesitura aún más allá y la extiende incluso a los supuestos en los que el testimonio ni siquiera es dirimente.

Este abordaje de la cuestión resulta cuestionable desde el momento en que no se hace cargo de los costos en materia de justicia sustantiva y derechos de las víctimas que representa adoptar una posición tan restrictiva.

Pareciera existir un deber de hacer primar el derecho a la confrontación por encima de cualquier otra consideración. De hecho, por lo general, las decisiones se adoptan sin siquiera ponderar (al menos en forma expresa) la existencia de otros intereses o derechos en pugna.

Esto es particularmente cuestionable en los casos en los que a partir de las constancias de la causa y de las pruebas producidas en el debate resulta posible asegurar un alto estándar de fiabilidad del testimonio de que se trate.

Larry Laudan señala que, en todo razonamiento sobre cuestiones humanas, hay dos conceptos clave vinculados a la evidencia que tienen que ser

captados. Uno es la relevancia y el otro la credibilidad o fiabilidad (credibility o reliability)<sup>44</sup>. Un testimonio no deja de ser relevante para la decisión del caso por el hecho de que no hubiere estado sujeto al interrogatorio cruzado; tampoco necesariamente será por eso menos fiable. Al menos no lo será si existen en el caso suficientes reaseguros que contrabalanceen la merma en la fiabilidad que pueda suscitar esa falta de interrogatorio.

Por lo demás, como señala este autor, las reglas de admisibilidad de prueba que, como aquellas de las que aquí se trata, lleven a excluir pruebas relevantes, ya desde el vamos, resultan “*epistémicamente sospechosas*”<sup>45</sup>.

Una vez determinado que el objetivo final de posibilitar el interrogatorio por parte de la defensa de los testigos de cargo es un objetivo epistémico (comprobar la veracidad del testimonio del modo más seguro posible a los fines de evitar una condena injusta), resulta válido preguntarse porque habría que excluir del plexo probatorio un testimonio tomado con anterioridad al debate sin la participación de la defensa cuando fuere posible comprobar con igual o mayor seguridad que la que brindaría ese interrogatorio, que el testigo dijo la verdad.

Si la respuesta es negativa, si no existe ningún motivo para excluir un testimonio tal del plexo probatorio, la pregunta decisiva que corresponde realizarse, es si el testimonio que hubiera prestado con anterioridad resulta o no fiable.

En concreto, se propone que se habilite la incorporación por lectura, aun tratándose de prueba dirimente que la defensa no hubiere tenido posibilidad de confrontar, cuando pueda afirmarse *prima facie* que el testimonio ya prestado resulte fiable.

Lo que se propone en este trabajo es que el Juez realice, sea con carácter previo al debate (en el régimen del Código Procesal Penal de la Nación sería en la oportunidad prevista en el art. 356) o ya durante su transcurso (cuando la situación

---

<sup>44</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, p. 17.

<sup>45</sup> Laudan, Larry, *op. cit.*, p. 19.

se suscite luego del auto de admisibilidad de prueba), un análisis preliminar de la fiabilidad del testimonio.

No se está proponiendo que se realice un análisis exhaustivo, que podría hacer incurrir al juez en prejuizgamientos y cuyo ámbito correcto es la sentencia; se está proponiendo únicamente que el juez se de a la tarea de establecer si con las pruebas hasta ese momento obrantes en el expediente la declaración de la que se trata puede considerarse lo suficientemente fiable como para ser tomada en cuenta dentro del contexto probatorio. Esto sin perjuicio de que luego en la sentencia, analizada la totalidad de la prueba producida, pueda concluir lo contrario, es decir, que el testimonio no era fiable o no lo era en forma suficiente.

De lo que se trata no es de verificar un estándar de fiabilidad suficiente para arribar a un veredicto de condena; de lo que se trata es de habilitar la consideración del testimonio como parte de los elementos de prueba a valorar en la sentencia.

La “fiabilidad” como criterio de decisión en esta materia, es el actual estándar en muchos países del *common law* y es, además, el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como ya lo adelanté y a continuación desarrollaré.

#### **a. El abordaje de la cuestión en el ámbito de Tribunales Internacionales**

El primer precedente de interés en materia de incorporación por lectura de la Corte Europea de DDHH es el fallo “Unterpertinger v. Austria” del 2 de noviembre de 1986. Se trata de uno de los precedentes en los que se basó la Corte en “Benítez” y del que tomó como criterio decisivo el concepto de “dirimencia” del testimonio, a partir del cual se desarrolló toda la jurisprudencia posterior en nuestro país.

Ahora bien, la Corte de Estrasburgo volvió a expedirse más recientemente en el caso “Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom” del 15 de diciembre de 2011. Allí incorporó el criterio de “fiabilidad”.

En este fallo se trataron en forma conjunta dos peticiones contra el Reino Unido. En la primera (Al-Khawaja), el acusado, había sido condenado por un delito

sexual con base en un testimonio de una víctima tomado en sede policial en razón, de que para la fecha del juicio ya había fallecido. En la segunda (Tahery), el acusado, había sido condenado en base a la lectura al jurado de la declaración de un testigo de identidad protegida que se consideró que tenía un miedo fundado a declarar.

La Corte comenzó por ratificar el principio general: normalmente la prueba tiene que ser producida en el juicio y respetarse el derecho de la defensa a interrogar a los testigos de la acusación. Sin embargo, sostuvo que excepciones a esta regla son posibles. La regla, estimó, debe ser que el acusado debe haber tenido una oportunidad apropiada de cuestionar a los testigos que se presenten en su contra.

Hasta acá las apreciaciones de la Corte fueron muy similares a las del precedente *Unterpertinger*, pero en este caso fue más allá y desarrolló excepciones al principio general que, precisó, no constituye una regla absoluta que deba ser tratada como inflexible.

De hecho, sostuvo que el interés del imputado tiene que ponerse en la balanza en contraposición con otros intereses como los de la víctima, el testigo y el interés público en una efectiva administración de justicia (considerando 146).

Determinado que existe una buena razón para aceptar los testimonios escritos y partiendo de la base de aceptar que estos importaron la única o la decisiva evidencia, el siguiente paso que emprende la Corte consiste en determinar si existieron en el caso suficientes factores que “contrabalancearan” los riesgos de admitir esa declaración (*strong procedural safeguards*).

Yendo a la decisión de los casos sometidos a estudio, en el caso “Al-Khawaja” la Corte concluyó que existían buenas razones para admitir el testimonio de la víctima fallecida; que ese testimonio había sido decisivo, pero que ello no había determinado que se tratara de un juicio injusto porque existían importantes elementos de “contrabalance” que los llevaba a concluir que no había habido una violación al artículo 6.3.d de la Convención.

En este sentido señaló, fundamentalmente, que la fiabilidad (reliability) del testimonio estaba asegurada por otros elementos de prueba y que el jurado había sido instruido para otorgar menor peso probatorio al testimonio

incorporado por lectura justamente porque no había sido posible someter al testigo a contrainterrogatorio.

En el caso “Tahery” la Corte, también partió de la base de que el testimonio había sido decisivo y concluyó que, sin embargo, había buenas razones para proceder a la incorporación por lectura (el miedo del testigo se sostenía en consideraciones objetivas). No obstante ello, a diferencia del caso anterior, en este la Corte considero que no existieron suficientes elementos que “contrabalanceen” la merma a los derechos de la Defensa. También en este caso el jurado había sido correctamente instruido, pero a diferencia del caso anterior, en este no existía evidencia independiente que corrobore el testimonio por lo que no podía afirmarse que el testimonio fuera fiable (reliability). Por esto, en este supuesto, la Corte considero que no se había llevado adelante un juicio justo y que se había violado el artículo 6.3.d.

Estos mismos principios y criterios fueron ratificados por el Tribunal Europeo el 15 de diciembre de 2015 en el caso “Schatschaschwili v. Germany”.

En el caso el acusado había sido condenado con base en la incorporación por lectura durante el debate oral de las declaraciones de las dos víctimas que se excusaron de asistir al juicio con base en diferentes problemas médicos (en particular en estar sufriendo estrés post traumático).

El Tribunal consideró que había “buenas razones” para la incorporación de los testimonios; también concluyó que estos testimonios tenían una importancia decisiva en la resolución del caso. Asimismo, sostuvo que el Tribunal regional alemán había analizado de manera cuidadosa los testimonios incorporados de este modo. Sin embargo, entendió que se había violado el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo en tanto no habían existido suficientes elementos que “contrabalanceasen” la merma en los derechos del imputado<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Corresponde señalar que en todos los precedentes posteriores la Corte Europea de DDHH omite referir a la doctrina sentada en “Unterpertinger v. Austria” y se remite a aquello que sostuviera en “Al-Khawaja and Tahery v. United Kindom” y en “Schatschaschwili v. Germany” (ver, por caso, en este sentido: “Al Alo vs. Slovakia” -aplicación 32084/19, rta. el 10 de febrero de 2022-; “Faisal Pamuk vs. Turkey -aplicación 430/13, rta. el 18 de enero de 2022-; “Fikret Karahan vs. Turkey -aplicación 53848/07, rta. el 16 de marzo de 2021-; “Keskin vs. The Netherlands” -aplicación 2205/16, rta. el 19 de enero de 2021-; “Danilov vs.



Más recientemente, en sentido similar se expidió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el precedente “HYA y otros” del 8 de diciembre de 2022 en el que sostuvo que el testimonio puede incorporarse si se verifican elementos “compensatorios” que garanticen la equidad del procedimiento, en particular la “fiabilidad” del testimonio<sup>47</sup>.

En el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de reafirmar en varias ocasiones la vigencia del art. 8.2.f de la Convención Interamericana que consagra el derecho de la defensa “*de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*”. Sin embargo, en todos los casos se trataba de violaciones tan flagrantes a dicha garantía que no fue necesario que la Corte realice un análisis demasiado exhaustivo de la cuestión<sup>48</sup>.

---

Russia” -aplicación 88/05, rta. el 1 de diciembre de 2020-; “Süleyman vs. Turkey” -aplicación 59453/10, rta. el 17 de noviembre de 2020-). Por otra parte, vale mencionar que en otro caso, en el cual el Tribunal consideró que el testimonio no confrontado no resultaba único ni dirimente, no ingresó en el análisis de la existencia de “contrabalances” de la declaración, limitándose a señalar que: “...el demandante no ha demostrado que la ausencia de la víctima en el proceso perjudicara sus derechos de defensa hasta el punto de convertir el proceso en injusto. El demandante fue condenado con base en pruebas sólidas (declaraciones de testigos y coacusados, informes periciales, etc.). Por lo tanto, no se ha vulnerado el artículo 6 debido a la ausencia de la víctima en el juicio penal del demandante” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Mitkus vs. Latvia”, aplicación 7259/03, resuelta el 2 de octubre de 2012 (considerando 102).

<sup>47</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala III, “HYA y otros”, sentencia del 8 de diciembre de 2022 (ECLI:EU:C:2022:965) en la que se sostuvo que: “Por último, en relación con la existencia de elementos compensatorios, tales elementos deben permitir una apreciación correcta y equitativa de la fiabilidad de una declaración no verificada y se refieren, más concretamente, al criterio del órgano de enjuiciamiento en relación con las declaraciones no verificadas del testigo ausente, a la disponibilidad y fuerza probatoria de las pruebas que corroboran las referidas declaraciones en la fase judicial del proceso penal, así como a las medidas procesales adoptadas al objeto de compensar la imposibilidad de interrogar al testigo directamente durante la fase judicial del proceso penal (véase, en este sentido, TEDH, sentencias de 15 de diciembre de 2015, *Schatschaschwili c. Alemania*, CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, §§ 125 a 131 y jurisprudencia citada, y de 7 de junio de 2018, *Dimitrov y Momin c. Bulgaria*, CE:ECHR:2018:0607JUD003513208, § 53)”.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, en el caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52) se trataba de un procedimiento sumarísimo realizado por el delito de traición a la patria en el marco del Código de Justicia Militar en el que se cuestionó que la Defensa (por una prohibición legal expresa) no había podido interrogar en ninguna instancia del proceso a los agentes que habían llevado adelante la investigación. Más recientemente en el caso “Álvarez Ramos vs. Venezuela” (sentencia del 30 de agosto de 2019) la Corte reafirmó la vigencia de la garantía frente a un caso en el cual un testigo había

El fallo más interesante a los fines del presente trabajo es el dictado en la causa “Norim Catrimán y otros c/ Chile” (resuelta el 29 de mayo de 2014). El supuesto de hecho era distinto. Las defensas habían podido interrogar a los testigos, pero la identidad de estos se había mantenido bajo reserva.

Lo relevante del caso es que, a los fines de resolver la cuestión planteada, la Corte siguió la misma modalidad de análisis que había consagrado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el referido precedente “Al-Khawaja and Tahery v. United Kindom”. No lo dijo expresamente, pero se desprende del análisis realizado que consideró al derecho a interrogar a los testigos como un derecho sujeto a restricciones. En este marco, tal como lo había propuesto el Tribunal Europeo, se dio a la tarea de analizar si la restricción al derecho había sido suficientemente contrarrestada en el caso concreto por “medidas de contrapeso” y finalmente concluyó: *“Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada (...) La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada”* (considerando 247).

Como se puede apreciar de esta reseña la Corte Interamericana acudió también al estándar de análisis basado en la determinación de si la condena se basó “solamente o de forma decisiva” en prueba obtenida en restricción a la garantía en cuestión. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por el TEDH en los casos analizados, a criterio de la CIDH la condena en ningún caso podría basarse “solamente o en forma decisiva” en prueba obtenida en esta forma por más que hubieren existido contrapesos suficientes. Esta conclusión de la Corte Interamericana, sin embargo, debe entenderse limitada al caso que tenía bajo análisis que, como ya señalé, remitía a una cuestión distinta a la tratada en el presente trabajo por lo que mal podría extrapolarse

---

sido acusado de falso testimonio y detenido durante el desarrollo del debate lo que se sostuvo que había infringido temor de declarar en los demás testigos.

seriamente a un supuesto de hecho que, de momento, no fue sometido a la jurisdicción de este Tribunal<sup>49</sup>.

**b. El abordaje de la cuestión en países de tradición anglosajona (common law).**

En Estados Unidos hace ya 45 años, la Suprema Corte de aquel país dictó el que durante casi un cuarto de siglo fue el *leading case* en la materia: *Ohio v. Roberts*, 448 U. S. 56<sup>50</sup>.

De acuerdo a ese precedente, resultaba admisible la incorporación por lectura del testimonio de un testigo que no estuviere disponible al momento del juicio (unavailable witness) si de su declaración anterior se desprendían indicios adecuados de credibilidad (“adequate indicia of reliability”). En 1990 la Suprema Corte agregó en el precedente “*Maryland v. Craig*” que el derecho a confrontar testigos no es un derecho absoluto<sup>51</sup>.

Esta doctrina fue dejada de lado por el máximo Tribunal norteamericano recién el 8 de marzo de 2004 cuando se dictó, en base a una interpretación originalista de la sexta enmienda, el *leading case* que a la fecha aún se mantiene incólume: “*Michael Crawford v. Washington*” 541 U.S. (2004)”<sup>52</sup>.

Dijo allí la Corte, que la intención de los legisladores de la sexta enmienda no fue dejarla librada a las vaguedades de las reglas de evidencia y menos a

---

<sup>49</sup> Resulta difícil definir qué situación resulta más restrictiva del derecho a interrogar a los testigos de cargo (el interrogatorio bajo reserva de identidad o la imposibilidad de interrogar a testigos cuya identidad se conoce), pero en cualquier caso nada que se pudiera concluir en un sentido u otro podría de todos modos resultar por completo indicativo de la posición que podría llegar a adoptar la CIDH de presentársele un caso como los aquí analizados.

<sup>50</sup> U.S. Supreme Court, *Ohio v. Roberts*, 448 U. S. 56, Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/56/>

<sup>51</sup> U.S. Supreme Court, 497 U.S. 836 (1990), citado por Fenner, Michael, op. cit., p. 87.

<sup>52</sup> U.S. Supreme Court, *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>

nociones amorfas como la de “fiabilidad” (reliability)<sup>53</sup>. La fiabilidad, sostuvo, no puede testearse de cualquier modo y es justamente el interrogatorio cruzado el test que corresponde aplicar para determinar si un testigo es fiable.

Muy recientemente en “Hemphill v. New York” (595 U.S.\_(2022)1 resuelta el 20 de enero de 2022)<sup>54</sup> la Suprema Corte volvió a expedirse sobre el tema y ratificó el mismo criterio.

Como se puede apreciar de la reseña realizada, mientras a nivel europeo el TEDH en el 2011 incorporaba el estándar de la “fiabilidad” (reliability) en “Al-Khawaja and Tahery v. United Kindom”, en Estados Unidos, pocos años antes, la Suprema Corte lo dejaba de lado en “Crawford” tras 24 años de vigencia.

Ahora bien, la alusión a la credibilidad o fiabilidad de la declaración del testigo (reliability) que surgía del precedente “Roberts” fue dejada de lado en Estados Unidos a partir de “Crawford” pero permanece incólume en el ámbito de otros países de tradición anglosajona.

En Australia la sección 65 del Acta de Evidencia de 1995<sup>55</sup> permite la incorporación de declaraciones previas al debate cuando la declaración fue tomada poco después de los hechos en circunstancias que tornen poco probable que sea una “fabricación” o cuando la declaración fue tomada en circunstancias que tornan altamente probable que fuera fiable.

En Canadá son admisibles las declaraciones previas aunque sujetas a un control funcional general de fiabilidad. Este criterio fue consagrado por la Suprema

---

<sup>53</sup> Una crítica a los presupuestos históricos que fueron considerados por la Suprema Corte en “Crawford” puede leerse en: Jonakait, Randolph, N., The Too Easy Historical Assumptions of Crawford v. Washington, 71 Brook. L. Rev. 219 (2005-2006). Disponible en: <http://digitalcommons.nyls.edu>.

<sup>54</sup> U.S. Supreme Court, “Hemphill v. New York” 595 U.S.\_(2022)1. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/595/20-637/>

<sup>55</sup> Disponible en: [https://classic.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/ea199580/](https://classic.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ea199580/)

Corte en “R. v. Khewalon [2006] 2 SCR 787”<sup>56</sup> y ratificado el 2 de diciembre de 2022 en: “R. v. Furey, 2022 SCC 52 (CanLII)”<sup>57</sup>.

En Nueva Zelanda el Acta de Evidencias de 2006 -Sección 18 (1)-<sup>58</sup> admite la incorporación de testimonios tomados con anterioridad al juicio cuando las circunstancias vinculadas a la declaración provén razonable garantía de que esta es fiable.

Un caso particular es el del Reino Unido. Allí la posibilidad de incorporar por lectura las declaraciones de testigos no disponibles (por muerte, ausencia del país, porque se desconoce su domicilio a pesar de haberse realizado esfuerzos razonables, etc.) se encuentra regulada en el art. 116 de la “Criminal Justice Act” del año 2003. La condición sustantiva más relevante surge del inc. 4.b que establece que la Corte debe tener en cuenta, al tomar la decisión, los riesgos de que la admisión o exclusión del testimonio puedan resultar en un juicio injusto para cualquiera de las partes y, en particular, que tan difícil va a ser “desafiar” (challenge) el testimonio al no comparecer la persona al debate.

### **c. Las objeciones a la tesis aquí sostenida.**

Gran parte de las objeciones que se pueden realizar a la tesis aquí sostenida parten de concebir al derecho a confrontar a los testigos de cargo como un valor supremo; como una garantía genérica del modelo de proceso adversarial que corresponde respetar sin hesitación, cualesquiera que sean los argumentos en contrario que en el caso concreto puedan presentarse.

En esta senda, por caso, en España Rafael Alcacer Guirao se muestra como un vehemente crítico de la línea jurisprudencia inaugurada por el TEDH a partir

---

<sup>56</sup> Canada Supreme Court, R. v. Khewalon [2006] 2 SCR 787. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2332/index.do>

<sup>57</sup> Canada, Supreme Court, R. v. Furey, 2022 SCC 52 (CanLII). Disponible en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19587/index.do>

<sup>58</sup> Disponible en: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2006/0069/latest/DLM393463.html>

del precedente “Al-Khawaja y Tahery c. Reino”, al tiempo que reivindica la postura asumida por la Suprema Corte norteamericana a partir del fallo “Crawford”.

Para Alcacer Guirao la postura del TEDH importó que *“...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”*<sup>59</sup>.

En el mismo sentido, Bas de Wilde, quien fuera profesor asociado de la Universidad Libre de Amsterdam, sostiene que con el fallo “Al-Khawaja” el derecho a confrontar a los testigos se ha visto disminuido. A ello agrega: *“mientras que antes demandaba la posibilidad de cuestionar a los testigos cruciales, el derecho parece haberse reducido ahora a un derecho a testear la credibilidad del testigo...”*<sup>60</sup>.

En Estados Unidos la doctrina instaurada por la Suprema Corte en “Crawford” fue, en general, recibida con entusiasmo por la doctrina especializada<sup>61</sup>.

Quizás el más conspicuo defensor de la doctrina “Crawford”, quien además litigó ante la Suprema Corte en ese caso y otros que le siguieron y en los que la Corte precisó su línea argumental, es Richard Friedman (profesor de la Universidad de Michigan). Su pensamiento queda sintetizado con claridad con la siguiente cita, en la que respalda una interpretación gramatical y originalista de la sexta enmienda

---

<sup>59</sup> Alcacer Guirao, Rafael, *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*, Indret 4/13, disponible en: <https://indret.com/la-devaluacion-del-derecho-a-la-contradiccion-en-la-jurisprudencia-del-tedh/>. En esta línea agrega: *“En definitiva, y reiterado lo afirmado, la exigencia de contradicción deja de erigirse en una constitutiva del derecho a un proceso equitativo para pasar a ser un mero regla 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 concurren, a partir de la valoración del juez, factores sustitutivos de la fiabilidad probatoria”*.

<sup>60</sup> De Wilde, Bas, *A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases* en The International Journal of Evidence & Proof. Disponible en: <https://www.researchgate.net/>

<sup>61</sup> Ver por todos: Bellin, Jeffrey, The incredible shrinking confrontation clause en Boston University Law Review (vol 92: 1865), en especial nota al pie de página número 3. Disponible en: [www.bu.edu](http://www.bu.edu). Incluso algunos autores han cuestionado ciertas excepciones planteadas por el máximo Tribunal en precedentes posteriores (en este sentido, por caso, proponiendo una visión del derecho a la confrontación basado en el principio de dignidad humana: Sheley, Erin, The Dignitary Confrontation Clause, en Washington Law Review, volumen 91, número 1, 3 de enero de 2022. Disponible en: <https://digitalcommons.law.uw.edu/>), o impulsado la extensión del derecho a los procedimientos que culminan en plea bargaining (Ortman, William, Confrontation in the age of plea bargaining, en Columbia Law Review, volumen 121, p. 451. Disponible en: <https://columbialawreview.org/content/confrontation-in-the-age-of-plea-bargaining/>).

norteamericana en los siguientes términos: “[la sexta enmienda] *no dice nada de los testimonios tomados por fuera de la Corte (hearsay). No dice nada sobre excepciones. No dice nada sobre fiabilidad (reliability). Establece una regla de procedimiento fundamental que es central en nuestro sistema: los testigos tienen que testificar enfrente de la parte adversaria*”<sup>62</sup>.

En la misma línea, Fisher, quien también intervino ante la Suprema Corte en el caso “Crawford”, defiende la idea de la interpretación originalista de la sexta enmienda en estos términos: “*no importa lo ineficiente que sea o lo engorrosos que esos procedimientos puedan parecer hoy en día, y no importa cuán superior pueda parecer una alternativa, esos procedimientos son absolutos y deben hacerse cumplir*”<sup>63</sup>.

Algo sostuve sobre estos argumentos que conciben a este derecho en términos absolutos al comienzo de este trabajo, y lo retomaré en el próximo apartado, pero no puedo dejar de señalar en este punto como se trata de concepciones casi mesiánicas que otorgan una autoridad absoluta -en términos que pareciera no pueden siquiera cuestionarse racionalmente<sup>64</sup>-, a lo que dijo o, más bien, a lo que piensan que quiso decir un legislador histórico al que se le asigna un ribete mítico.

Pero asumiendo un punto de partida procedimental también se pueden ensayar objeciones a la tesis sostenida en este trabajo. En esta línea, se podría objetar a la propuesta realizada en el presente trabajo, que la adopción de un enfoque de este tipo no necesariamente lleva a adoptar las conclusiones aquí propuestas. También a esta objeción procuraré dar respuesta en el siguiente apartado.

También, asumiendo un enfoque procedimental, se puede objetar lo postulado aquí con un enfoque constitucional. En esta línea puede citarse el voto del juez Hornos en el precedente “Pla”<sup>65</sup> en el que sostuvo: “*el derecho constitucional de*

---

<sup>62</sup> Friedman, Richard, *Crawford and Davis: a personal reflection* en Regent University Law Review, volumen 19, número 2, 2006-2007. Disponible en: <https://www.regentuniversitylawreview.com/>

<sup>63</sup> Fischer, Jeffrey, Originalism as an Anchor for the Sixth Amendment, 34 HARV. J. L. & PUB. POL'y 53 (2011). Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)

<sup>64</sup> En este sentido pareciera que la aceptabilidad racional del principio como meta de todo conocimiento científico y jurídico (ver en este sentido: Aarnio, Aulis, Algunas observaciones sobre la justificación jurídica, en Zuleta Puceiro, Enrique, Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 233) debiera sucumbir ante el más absoluto respeto a lo que se considera fue la intención del legislador. Se renuncia así a la justificación consecuencialista del principio (ver en este sentido: McCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, 1994).

<sup>65</sup> CFCP, S. IV, “Pla, Carlos Esteban y otros”, reg. 14839.4, rta. el 2 de mayo de 2011.

*interrogar testigos instituye un método para revestir de credibilidad desde la perspectiva constitucional a la prueba*". Desde esta perspectiva se podría responder a cuanto vengo sosteniendo que, con independencia de que hubiere otros métodos para analizar la fiabilidad de un testimonio, el único método constitucionalmente admisible es el ejercicio del derecho a la confrontación.

Finalmente, desde otra perspectiva, entre nosotros, Luis García desarrolla un argumento que podría llevar a poner en crisis la postura aquí sostenida con base, si se quiere, en la distribución del peso o la carga de posibilitar el interrogatorio de la Defensa durante la instrucción. Así sostiene: "[El Estado] ... *cuando promete la garantía de un juicio oral, público y contradictorio, se hace cargo del riesgo de la pérdida de elementos de prueba. Esto es que, si el testigo no puede comparecer al juicio, se arriesga a no poder incorporar por lectura lo que ese testigo dijo en la instrucción. Para aventar ese riesgo el juez, como órgano del Estado, tiene siempre a mano el recurso de darle participación a la defensa en la declaración de la instrucción, por si acaso el testigo no llegara a estar disponible en el juicio*"<sup>66</sup>.

Cafferata Nores, por su parte, también adopta una postura que podría poner en crisis lo aquí postulado, aunque desde la base de los principios de publicidad e inmediación. Así refiere: "*Un testimonio recibido en la investigación preparatoria y sólo "leído" en el juicio, vulnera la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, pues quien recibió originariamente el testimonio, no es el juez que deberá dictar la sentencia que utilizará esos dichos como prueba*"<sup>67</sup>.

#### **d. Posibles respuestas a las objeciones**

---

<sup>66</sup> García, Luis, <sup>66</sup> García, Luis, *El Principio de Igualdad de Armas y los nuevos requerimientos (El derecho al control de la prueba introducida en el juicio. La incorporación de actas y la ocultación de la identidad de testigos, informantes e investigadores bajo cubierta)*, op. cit.

<sup>67</sup> Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 153.



Como ya señalé, es necesario clarificar desde el vamos, si se concibe al derecho a confrontar testigos de cargo como un derecho no instrumental, valioso por sí mismo, o instrumental vinculado a satisfacer determinado estándar de fiabilidad del testimonio.

Al comienzo del presente trabajo esboqué porque no comparto la primera de estas concepciones. No reiteraré cuanto sostuve en aquella oportunidad, pero entiendo pertinente señalar que quienes como Alcacer Guirao y Bas de Wilde cuestionan que con el enfoque aquí propuesto se “reduce” el alcance de la garantía a la de un mero método de evaluación de la credibilidad del testimonio, lo que están proponiendo como contrapartida es que esta garantía se haga primar sin importar las consecuencias perniciosas que su aplicación pueda deparar.

Debo señalar, por otra parte, que la postura contraria a la aquí sostenida -dominante en Estados Unidos a partir de la interpretación “originalista” realizada por la Suprema Corte en “Crawford”- no está exenta de críticas en aquel país.

En este sentido Madden sostiene que no hay razones epistemológicas ni de justicia sustantiva para excluir del conjunto de evidencias los testimonios previos al debate. En cambio, propugna un cambio de paradigma en el que se reemplace la exclusión probatoria por la posibilidad de que el abogado defensor argumente frente al jurado acerca del menor peso que corresponde otorgarle a la prueba así obtenida a efectos de, en su caso, fundar la existencia de una duda razonable<sup>68</sup>.

En la vereda opuesta a Friedman puede ubicarse al Profesor emérito de la University of California College of the Law, Roger Park, quien investigó en diferentes artículos este tema y alerta sobre el riesgo de abusos en la aplicación del derecho a la confrontación, en razón de lo cual propugna la necesidad de concebirlo no como un derecho en sí mismo sino en términos funcionales<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Madden, Mike, Anchoring the Law in a Bed of Principle: A Critique of, and Proposal to Improve, American and Canadian Confrontation and Hearsay Law, (2012) 35:2 Boston College International and Comparative Law Review, ejemplar 35.2, 2002, p. 395-448. Disponible en: <https://lira.bc.edu/collection/902c543c-cf25-495b-9f95-e2dd63245d02>

<sup>69</sup> Park, Roger, *Is confrontation the bottom line?* en Regent University Law Review, volumen 19, número 2, 2006-2007. Disponible en: <https://www.regentuniversitylawreview.com/>. En otro artículo desarrolla más su concepto de confrontación en sentido “funcional” refiriendo que el sentido de esta cláusula radica en evitar los casos de abuso de poder estatal por lo que entiende que podrían concebirse excepciones allí donde no exista tal riesgo. Además, refiere que: “...no debemos darnos por vencidos en lo que respecta al

Entre nosotros, en la misma línea, Rovatti sostiene que la concepción del derecho a confrontar testigos como un fin en sí mismo resulta difícil de justificar en alguna categoría moral distinta del propio riesgo de injusticia, además, de esta posición cuestiona que solo se desprenden postulados genéricos y abstractos que poco aportan<sup>70</sup>.

La línea argumental que concibe a este derecho como un fin en sí mismo, como vimos, se encuentra firmemente vinculada en la doctrina y jurisprudencia norteamericana a una concepción originalista de la sexta enmienda. Esta concepción falla por dos motivos: 1) en primer lugar porque la evidencia histórica de los orígenes de esta cláusula no arroja los resultados contundentes que se afirman en “Crawford”<sup>71</sup> y, además, es fácilmente pasible de manipulación<sup>72</sup>; y 2) porque en todo caso el método de indagación histórica no es el más apropiado para delimitar el alcance que corresponde darle a la garantía en la actualidad.

Sobre la segunda cuestión, Davies refiere que “...el problema con el originalismo no es simplemente que los jueces lo desarrollen mal o en forma deshonesto. El problema más profundo es que en todo caso el significado histórico válido de las provisiones constitucionales no puede proveer una base sólida para dar respuesta a los problemas constitucionales contemporáneos”<sup>73</sup>. En el mismo sentido, Sthephanos Bibas

---

*enfoque funcional de la confrontación solo porque el enfoque de ‘Ohio v. Roberts’ no funcionase. Lo que se necesita es un enfoque con más salvaguardas, no uno que se avergüence de invocar justificaciones racionales al principio de confrontación” (not an approach that is shy about articulating rationales for providing confrontation), Purpose as a Guide to the Interpretation of the Confrontation Clause en 71 Brook. L. Rev. 297 (2005) - University of California, Hastings College of the Law UC Hastings Scholarship Repository. Disponible en: [https://repository.uclawsf.edu/faculty\\_scholarship/601](https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/601)*

<sup>70</sup> Rovatti, Pablo, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, en Revista internacional sobre razonamiento probatorio, n° 1, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.quaestiofacti.com/>. En este marco, propone, aunque no desarrolla, circunscribir el principio a una “...facultad específica de exigir que la acusación sea responsable en la presentación de la mejor evidencia disponible” que no incluya un “...derecho específico de exigir que la acusación se vea privada de utilizar en apoyo de su caso declaraciones previas de un testigo que ya no está disponible por motivos serios y atendibles”.

<sup>71</sup> Ver en este sentido los trabajos de Randolph Jonakait citados al comienzo del presente trabajo.

<sup>72</sup> Ver el trabajo de Thomas Davies: *Selective Originalism: Sorting out Which Aspects of Giles Foreiture Exception to Confrontation Were or Were Not Established at the Time of the Founding*, 13 Lewis & Clark L. Rev. 605 (2009). Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

<sup>73</sup> Davies, Thomas, op. cit.

sostiene: “no está claro que hubiera un concepto preexistente de ‘confrontación’ que los redactores de la constitución tuvieran en mente ‘frizar’ en ambar”<sup>74</sup>.

Entre nosotros Vernengo señala que “...en cuanto al método exegético, como ideología práctica, claramente aparece una tendencia de idealización del sistema jurídico positivo, como un sistema estático, concluso, petrificado. El derecho positivo aparece como algo ya socialmente hecho. Es decir, se hace hincapié y se pone todo el énfasis en las situaciones pasadas, pues el derecho fue creado entonces, de una vez para todas [...] esta actitud de orientación hacia el pretérito, equivale a postular que no se quieren cambios, pues lo pasado es inmutable”<sup>75</sup>.

Hasta aquí se esbozaron las respuestas a los cuestionamientos que se pueden realizar a la propuesta realizada en este trabajo desde una perspectiva de primacía absoluta del derecho a la confrontación con base, al menos en los Estados Unidos, en una interpretación originalista de la sexta enmienda.

Ahora bien, tras la exposición realizada en el marco del taller de tesis se me señaló que se podría adoptar un enfoque procedimental de la garantía como el aquí propuesto y, sin embargo, llegar a conclusiones distintas a las sugeridas en este trabajo.

La respuesta a esta objeción exige en primer lugar aclarar el punto de partida del razonamiento realizado. En este trabajo partí de la idea, no desarrollada porque excede el objeto de la tesis, de que el interés público y la finalidad última del proceso penal se encuentran enderezados a la averiguación de la verdad en el juicio<sup>76</sup>.

Cuando hablo de “enfoque procedimental” tengo en mente un procedimiento penal enderezado al logro de ese objetivo.

Dicho esto, si el derecho a confrontar testigos no tiene valor en sí mismo, su aplicación al proceso tiene que identificarse con el logro de dicho objeto del

---

<sup>74</sup> Bibas, Stephanos, The limits of textualism in interpreting the confrontation clause, en Harvard Journal of Law and public policy junio 1, 2014. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

<sup>75</sup> Vernengo, Roberto José, *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1977, p. 87. Se empodera así: “Un ser que es omnipresente (está donde lo busquemos), que es onnipotente (que puede todo socialmente), que es coherente (pues no cabe que incurra en contradicción) —este ser no es otro que la divinidad de los teólogos—. El legislador de los exégetas y el Dios de los teólogos son una y la misma persona, pues sus atributos son indiscernibles” (p. 85)..

<sup>76</sup> En este sentido: CSJN, Fallos 313:1305, que remite también a la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Stone v. Powell” (en 428 U.S. 465 1976, p. 488); también, Fallos 332:1769).

proceso. O sea: el derecho a confrontar testigos tiene que ser funcional al objetivo de averiguación de la verdad.

Teniendo ese objetivo en mente, soy de la idea de que la posición aquí sostenida lleva en la mayoría de los casos a disminuir el riesgo de error en la decisión, respecto al que existe cuando se descarta prueba relevante y fiable solo en harás de proteger el derecho a la confrontación.

En este sentido Rovatti señala que *“...una interpretación del derecho que tenga por corolario una regla rígida de exclusión o prohibición de valoración de declaraciones previas de testigos no disponibles no está justificada puesto que -en defecto de una prueba mejor- excluir evidencia relevante y, en ocasiones, de gran valor probatorio, no es la única ni la mejor manera de evitar el riesgo de error en la decisión...”*.

En otras palabras: si se puede chequear, por la vía que fuere, la fiabilidad de un testimonio, desde una perspectiva procedimental, su exclusión en razón de que la defensa no pudo confrontar al testigo, en la mayoría de los casos nos alejará de la meta de averiguación de la verdad. Esto, que puede afirmarse con carácter absolutamente general, adquiere ribetes propios y más marcados en los casos de juicios por hechos de violencia de género.

En esta línea Piqué señala que *“ciertas restricciones del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo fundadas en el deber de proteger adecuadamente a determinadas víctimas y testigos en condiciones de vulnerabilidad, en particular personas menores de edad y víctimas de violencia sexual, pueden ser compatibles con -e incluso exigidas por- los tratados internacionales de derechos humanos y nuestra legislación local”*. Luego agrega: *“...en el caso del derecho de interrogar a los testigos, cuanto mayor haya sido la restricción, mayor deberán ser las compensaciones en términos de derecho de defensa. Y este test no puede hacerse en abstracto, sino tomando en cuenta la situación que presenta el caso concreto”<sup>77</sup>*.

En el mismo sentido, Vozakis se muestra crítica de “Crawford” y advierte que se generan problemas cuando se adoptan políticas y prácticas de 1791 a la realidad moderna y agrega: *“La corte se retrotrajo a un momento en el que a las mujeres no se les permitía participar en la creación de políticas y reglas. A un tiempo en el que la*

---

<sup>77</sup> Piqué, María Luisa, *op. cit.*, p. 145 y ss.

*mujer no se consideraba una persona legal independiente de su marido... es difícil encontrar redactores de la Constitución que pudieran imaginar un mundo donde la violencia doméstica no se tuviera que tolerar".* En este marco, y teniendo en cuenta que resulta altamente común que las víctimas de violencia doméstica se retracten para la fecha del juicio, propone que se compatibilice la doctrina de "Crawford" con una reforma legislativa que establezca oportunidades para el "*cross-examination*" de la víctima en la fecha lo más cercana al hecho posible<sup>78</sup>.

En un sentido similar, Deborah Tuerkheimer realiza una aproximación a los problemas que suscita la doctrina de Crawford en los casos de violencia doméstica y señala que si de lo que se trata es de concebir al derecho al contrainterrogatorio como la mejor forma de asegurar la veracidad de los testimonios, debe tenerse presente *"como un argumento categórico -aunque ciertamente no como una proposición universal- que cuando las declaraciones de las víctimas de violencia doméstica son inconsistentes, las que se hacen más cerca del hecho tienden a ser más confiables que los que se hacen en el juicio"* esto en tanto los abusos que en estos contextos suelen tener lugar tanto antes como después del hecho sometido a juicio suelen incidir en la voluntad de la víctima de colaborar con la Fiscalía por lo que el análisis clásico del derecho a confrontar testigos resulta insuficiente en cuanto no toma en cuenta esta dinámica<sup>79</sup>.

También en esta línea Egerman se pregunta incluso si un compromiso en contra de la violencia doméstica es irreconciliable con la cláusula de la confrontación prevista en la sexta enmienda<sup>80</sup>. Refiere que la cláusula de la confrontación nunca estuvo pensada para regular situaciones de violencia doméstica. Sostiene que está pensada para procesos en los que median vínculos sociales entre iguales y no para procesos en los que impera la dominación y la subordinación.

---

<sup>78</sup> Además, sostiene que mientras en la generalidad de los casos puede sostenerse que la Fiscalía tiene "el control" de las víctimas, en los casos de violencia doméstica es el acusado el que suele "controlar" a la víctima.

<sup>79</sup> Tuerkheimer, Deborah, Crawford's triangle: domestic violence and the right of confrontation, North Carolina Law Review, Vol. 85, 1, 2005. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=892620/>

<sup>80</sup> Egerman, Mark, Avoiding Confrontation (March 1, 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1553455>

En definitiva, por las razones expuestas soy de la idea de que un enfoque procedimental de la garantía, tendiente a la averiguación de la verdad y no como fin en sí mismo, debiera excluir su empleo de modo rígido (en concreto, la exclusión del testimonio como prueba) cuando el objetivo de asegurar la fiabilidad del testimonio puede ser logrado por otros medios<sup>81</sup>.

Ahora bien, como adelanté, la posición que sostengo puede ser atacada, desde una perspectiva procedimental, pero con un enfoque, si se quiere, constitucional, en el entendimiento de que el método de la confrontación es el único método constitucionalmente admisible para revestir de credibilidad a un testimonio. Esta es la línea que pareciera seguir el juez Hornos en el citado precedente “Pla”<sup>82</sup>.

Lo primero que debo decir es que este punto de partida tiene por base consideraciones similares realizadas por el juez Scalia en el citado precedente “Crawford” de la Suprema Corte norteamericana. Lo cierto es que si ya en aquel país resulta discutible que tal conclusión pueda extraerse de la sexta enmienda norteamericana (aun cuando esta expresamente establece el derecho a confrontar testigos)<sup>83</sup>; más difícil, entiendo, resulta sostener esta posición en nuestro medio en el que la Constitución histórica y, puntualmente, el art. 18, no establecen expresamente el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo.

---

<sup>81</sup> Cuales serían esos otros medios es una cuestión eminentemente casuística, pero no advierto que, en un sistema de libertad probatoria, deba establecerse restricción alguna. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco brinda en sus fallos un catálogo de medios de prueba, pero sí algunas pautas a considerar. Así, sostiene que: *“El Tribunal ha considerado pertinentes en este contexto los siguientes elementos: el enfoque del tribunal de primera instancia respecto de las pruebas en cuestión; la disponibilidad y solidez de otras pruebas incriminatorias; y las medidas procesales adoptadas para compensar la falta de oportunidad de interrogar directamente a los testigos en el juicio (véase Schatschaschwili, § 145, y Ürek y Ürek, § 60...”* (TEDH, “Faysal Pamuk vs. Turkey”, ya citado, considerando 63).

<sup>82</sup> Esta afirmación, sin embargo, puede ser relativizada. En primer lugar, corresponde aclarar que en “Pla” se discutía un supuesto menos problemático que aquel que constituye el objeto principal de este trabajo. Allí, las defensas habían tenido la posibilidad de confrontar a los testigos -luego fallecidos- durante la instrucción de la causa. Siendo esto así, lo que allí se discutía es si el ejercicio del derecho a confrontar testigos podía considerarse suficientemente satisfecho en estas circunstancias. Por otra parte, en numerosos precedentes posteriores a “Pla” en los que el juez Hornos debió resolver situaciones en las que se trataba de incorporar testimonios que no habían sido confrontados por la defensa en instrucción el magistrado, como ya señalé, con cita del precedente “Benítez” del máximo Tribunal, admitió la incorporación de tales testimonios (ver nota al pie número 22), lo que difícilmente pueda compatibilizarse con una interpretación del derecho al interrogatorio como el único método constitucionalmente admisible para revestir de credibilidad a una prueba.

<sup>83</sup> La sexta enmienda establece, en lo pertinente: *“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to (...) be confronted with the witnesses against him...”*.

En Argentina el derecho a interrogar a los testigos de cargo fue resguardado expresamente a nivel constitucional recién a partir de la reforma del año 1994, por la que adquirieron jerarquía constitucional la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 8.2.f.) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.e) (art. 75 inc. 22 C.N.).

Ahora bien, la Convención Interamericana establece el derecho a confrontar a los testigos, pero solo restringido a aquellos que estuvieren presentes en el Tribunal. En cualquier caso, en varios precedentes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que no se trata de un derecho absoluto y que admite excepciones<sup>84</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cambio, presenta una redacción mucho más amplia consagrando el derecho a *“interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo”*. No obstante ello, difícilmente pueda considerarse que la incorporación a nuestro plexo constitucional de este Pacto instituyó al procedimiento de confrontación como el único método admisible de verificación de la fiabilidad de un testimonio cuando el propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concibe excepciones al principio general establecido en el art. 14.3.e<sup>85</sup>.

Por lo demás, la formula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es idéntica a la prevista en la Convención Europea de DDHH (art. 6.3.d) por lo que resulta de interés la interpretación que de esta Convención realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo cierto es que este Tribunal, como vimos, lejos de considerar a la confrontación como el único método admisible a la luz de la Convención para revestir de credibilidad a un testimonio, considera que el derecho a interrogar testigos no constituye más que un aspecto del derecho a un juicio justo y que, cuando

---

<sup>84</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Pollo Rivera y otros vs. Perú”, rta. el 21 de octubre de 2016, considerando 205.

<sup>85</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General n° 32 al art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, 27 de julio de 2007: *“El apartado e) del párrafo 3 del artículo 14...no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino sólo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. Dentro de estas limitaciones, y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 785, corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluada por los tribunales”*.

existan buenas razones para admitir como prueba a un testigo que no haya sido interrogado por la defensa, la credibilidad puede garantizarse por otras vías.

Finalmente debo decir que, aun cuando se quisiera sostener que la confrontación es efectivamente el único método constitucionalmente admisible para revestir de credibilidad a un testimonio, de ello no se sigue que esta regla no pueda tener excepciones. Sabido es que la Constitución no establece derechos absolutos por lo que difícilmente pueda predicarse que establece un “procedimiento absoluto”. Esto es así, máxime cuando tal conclusión, si no admitiera excepción alguna, importaría hacer primar a este procedimiento en cualquier caso por sobre derechos que pueden aparecer como contrapuestos.

Dicho esto, me abocaré ahora a dar respuesta a cuestionamientos que se pueden realizar desde un enfoque diferente, si se quiere más operativo. Para ello, me centraré en las citas ya realizadas en el apartado anterior de trabajos de Luis García y Cafferata Nores.

Recordemos: García sostiene que el Estado “*tiene siempre a mano el recurso de darle participación a la defensa en la declaración de la instrucción*” por lo que debe cargar con el riesgo de la pérdida del elemento de prueba si el testigo luego no aparece en el juicio por el motivo que fuere<sup>86</sup>; Cafferata Nores, por su parte, sostiene que la lectura de una declaración en el juicio vulnera los principios de publicidad (pues el público no ve ni oye al testigo) e inmediación (pues ni las partes ni el juez tienen contacto directo con él)<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> García, Luis, op. cit.

<sup>87</sup> Cafferata Nores, José, op. cit, p. 153. En cuanto a la vulneración del principio de inmediación resulta de interés señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos Mexicanos en una resolución del 10 de enero del año 2018 determinó que es inconstitucional el artículo 374, fracción II, inciso d), del Código de Procedimientos Penales del Estado de México que preveía la posibilidad de incorporar por lectura declaraciones de testigos fallecidos, incapacitados mentalmente o cuya residencia se ignorará por resultar contrario a los principios de inmediación y contradicción (amparo directo en revisión 243/17). Sin embargo, en una resolución posterior del año 2020 revirtió su posición anterior y sostuvo que una norma similar pero del Código Nacional de Procedimientos Penales (Código federal) no resulta inconstitucional, pero estableció que la incorporación tiene que estar sujeta a una de las siguientes dos condiciones: i) que el acusado haya contado con la oportunidad de interrogar o contrainterrogar el testimonio de cargo en algún momento de las etapas previas a la audiencia de juicio, o ii) que la declaración incorporada mediante lectura no constituya el principal elemento de prueba para justificar la sentencia de condena (amparo directo en revisión 1956/19).



En cuanto al cuestionamiento de García, debo decir que si bien es cierto que en algunos casos el Estado bien pudo haberle dado intervención a la Defensa durante la declaración en instrucción<sup>88</sup>, lo cierto es que en la mayoría de los casos relevantes, sobre todo cuando se trata del testimonio de la víctima, se trata de declaraciones tomadas al inicio de la investigación, la mayoría de las veces antes de que el imputado estuviere identificado y, lógicamente, antes de que hubiere designado defensor, con lo cual en la generalidad de los casos de mayor importancia práctica existe una imposibilidad material de proceder del modo propuesto.

En los restantes casos es cierto que puede atribuirse cierta responsabilidad al Estado por no haber obrado de modo más diligente durante la investigación preliminar, particularmente cuando fuera previsible que el testigo luego no fuera a comparecer al debate. En este sentido pareciera lógica la regla del inc. “e” del art. 331 del Código Procesal Penal de Chile que prevé la posibilidad de incorporar por lectura cuando la causal que motiva la no comparecencia haya sido sobreviniente a la oportunidad para practicar la prueba anticipada y se trate de un testimonio “esencial” (inc. e, incorporado por ley 20.931 el 5 de julio de 2016)<sup>89</sup>. El desarrollo de esta cuestión excedería sin embargo el alcance del presente trabajo.

En cuanto a la afectación a los principios de publicidad e inmediación debo decir que su abordaje excedería también el objeto del presente trabajo puesto que de lo que aquí se trata es de analizar la incorporación por lectura a la luz del derecho a confrontar a los testigos de cargo. Sin embargo, muy escuetamente he de mencionar que en todo caso la afectación a dichos principios debiera ponerse en la balanza y

---

<sup>88</sup> Se encuentra vigente en el ámbito nacional y federal la Resolución PGN 64/09 dictada por el Procurador General de la Nación a partir del dictado del ya mencionado precedente “Benítez” por la CSJN que instruye a los fiscales a notificar al imputado y a la defensa (o solo a la defensa oficial en caso de que no hubiere un imputado todavía identificado) previo a toda declaración que pueda considerarse como dirimente. En la práctica, sin embargo, esta Resolución en la mayoría de los casos no está siendo aplicada.

<sup>89</sup> Vale mencionar que la Corte Suprema de Chile tiene dicho que las incorporaciones por lectura mediante los procedimientos previstos en los artículos 331 y 332 CPP tienen carácter excepcional (Corte Suprema de la República de Chile, sentencia del 19 de abril de 2017, CL/JUR/1790/2017, publicada en Revista de Ciencias Penales 83 Sexta Época, Vol. XLV, Nº 3 (2017), Páginas 79 – 92).

contraponerse con otros principios que *prima facie* puede afirmarse que tienen un peso abstracto superior<sup>90</sup>.

#### VII- Las reglas propuestas.

El presente trabajo se enfocó en tratar de fundar la posibilidad de incorporar testimonios por lectura al debate aun cuando fueran dirimientes y aun cuando no hubiere sido posible para la defensa su confrontación, esto cuando resultare posible, por otros medios, asegurar cierto estándar de fiabilidad.

No entiendo a la “fiabilidad” como un criterio que venga a reemplazar al criterio de “dirimencia” de la declaración. De contrario, entiendo que lo complementa. La pregunta acerca de si el testimonio resulta “dirimente” entiendo que debe preceder a la pregunta acerca de su “fiabilidad”.

Si el testimonio no resulta dirimente, entiendo que debiera incorporarse por lectura sin que resulte necesario analizar previamente si resulta fiable. Esto no significa que ya en la sentencia, el Tribunal no tenga que analizar la fiabilidad de este testimonio. Lógicamente tiene que hacerlo, como tiene que hacerlo con cualquier testimonio, incluso con los prestados en el debate, lo que digo es simplemente que si el testimonio no es dirimente no entiendo necesario un análisis de fiabilidad como paso previo a la decisión de incluir o no dentro del plexo probatorio determinado testimonio por lectura.

En otro orden de cosas, corresponde realizar una precisión adicional. Que se habilite la incorporación por lectura de un testimonio, no significa necesariamente que deba dársele luego, a la hora de la valoración de la prueba, el mismo peso específico que si se hubiera escuchado al mismo testigo en el debate oral permitiendo la confrontación de sus dichos por parte del imputado y la defensa.

---

<sup>90</sup> Se trata en todo caso de una cuestión de ponderación entre los principios de inmediación y publicidad y, del otro lado, los derechos de las víctimas y de la sociedad toda a una recta administración de justicia y a la minimización de resultados erróneos (ver en este sentido: Alexy, Robert, op. cit).

Desarrollar esta cuestión, implicaría adentrarse en el tratamiento de cuestiones ajenas al objeto del presente trabajo, sin embargo, a la hora de proponer reglas prácticas de tratamiento de la cuestión, no puedo dejar de esbozar la idea de que el criterio de “fiabilidad” debiera complementarse a la hora de la valoración de la prueba con una regla que otorgue menos peso específico a los testimonios incorporados por lectura<sup>91</sup>.

En este sentido no puedo dejar de recordar que en “Al-Khawaja” la Corte Europea de Derechos Humanos habló fundamentalmente de dos elementos que debían considerarse como “contrabalances” en casos de incorporación de testimonios por lectura: el primero es el criterio de la “fiabilidad” del que trató el presente trabajo; el segundo radica en el hecho de que en ese caso el jurado había sido instruido para otorgar menor peso probatorio al testimonio incorporado por lectura, justamente porque no había sido posible someter al testigo a contrainterrogatorio.

Dicho esto se puede concluir que si a los dos preceptos que extrajimos de los precedentes “Benítez” y “Gallo López” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuviéramos que agregar una regla construida a partir de lo señalado en el presente trabajo que tenga en cuenta los criterios de “*fiabilidad*” y “*peso específico de la prueba incorporada por lectura*”, la cuestión podría quedar sintetizada en las siguientes reglas:

- a) Si el testimonio constituye una prueba dirimente solo se puede incorporar por lectura si se da al menos una de las siguientes condiciones:
  - i. Si fue recabado en instrucción en circunstancias en las que la defensa tuvo la posibilidad de controlarlo.
  - ii. Si existen otros medios de prueba que *prima facie* otorguen “fiabilidad” (reliability) al testimonio. En este caso, a la prueba incorporada de este modo se

---

<sup>91</sup> Una postura similar es sostenida por el Juez Sarrabayrouse en el citado precedente “Florentín” de la Sala II de la CNCCC.

le deberá otorgar un menor peso específico a la hora de la valoración, por contraposición al peso que se asigne a los testimonios que se presten en el debate.

- b) Si no se trata de prueba dirimente el testimonio se puede incorporar aun cuando la defensa no hubiere tenido la posibilidad de controlarlo en instrucción y sin un análisis previo de “fiabilidad” (esto sin perjuicio de lo que sobre el punto se concluya luego en la sentencia).

Estas reglas entiendo que se pueden adecuar perfectamente al ordenamiento procesal del todavía vigente -en algunas jurisdicciones- Código Procesal Penal de la Nación que, como vimos, de hecho, no establece condición alguna para la incorporación por lectura de testimonios prestados con anterioridad cuando por determinados motivos no fuere posible lograr la comparecencia del testigo al debate.

No dejo de advertir, sin embargo, que no resultaría posible su aplicación de acuerdo al texto del nuevo Código Procesal Penal Federal que consagra una suerte de derecho absoluto al confronto con los testigos de cargo (al menos en una instancia del proceso), sin importar la existencia de otros intereses y derechos contrapuestos; ni si se trata de testigos dirimientes; ni, de más está decir, si el testimonio es “fiable” o no.

## VIII- Conclusión

La Corte Suprema de la República de Colombia ha considerado “*excepcionalmente admisible*” la incorporación de testimonios por lectura<sup>92</sup>. En esta línea sostuvo que lo que el legislador tuvo en mente fue procurar “...un punto de

---

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, AP3177-2016, resuelta el 25 de mayo de 2016.

*equilibrio entre los derechos del procesado y los derechos de la víctima y la sociedad a una justicia pronta y eficaz*”<sup>93</sup>. Esta idea sintetiza el objeto del presente trabajo.

No se trató de negar la importancia del principio de contradicción y del derecho del imputado y su asistencia técnica a interrogar a los testigos de cargo. De lo que se trató fue de señalar que dicho derecho no puede considerarse absoluto; que tiene carácter instrumental y se enfoca en evitar que se arriben a resultados injustos o erróneos; y que, aun existiendo merma en este principio, un testimonio debiera incorporarse al debate cuando *prima facie* resulte de todos modos fiable.

El estándar de “fiabilidad” (reliability) tuvo una larga vigencia en Estados Unidos hasta que fue reemplazado por una visión “originalista” de primacía absoluta del derecho a confrontar testigos en el precedente “Crawford” de la Suprema Corte de aquel país, pero es el estándar que continúa en vigencia en otros países del common law (Australia, Canadá y Nueva Zelanda) y a nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No se advirtió en este trabajo que este estándar resulte contrario a nuestro plexo constitucional y lo cierto es que se adecua perfectamente a la letra del Código Procesal Penal de la Nación todavía vigente (aunque resultaría problemática su aplicación en el marco del nuevo Código Procesal Penal Federal).

Por lo demás, la aplicación de este estándar permite sopesar no solo los derechos de los imputados sino también los de las víctimas, en particular en las causas de violencia de género en las que resulta muy común que, por estar inmersas en un “circulo de violencia”, luego de haber formulado la denuncia -e incluso luego de haber declarado en varias oportunidades- terminen negándose a comparecer al debate oral<sup>94</sup>.

Por último, vale aclarar que el objeto de este trabajo se enfocó en la cuestión de la admisibilidad de los testimonios anteriores como parte de la plataforma

---

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, SP 606-2017, resuelta el 25 de enero de 2017.

<sup>94</sup> Ver en este sentido: Larrauri, Elena, ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, n° 12 (2003), UNED.

probatoria del juicio oral. Este estudio no se centró en la cuestión del peso probatorio específico que, una vez incorporado un testimonio por esta vía, corresponda asignarle al momento de la valoración de la prueba. Sin embargo, se esbozó la idea directriz de que ya en esa instancia debiera estipulársele un peso específico menor por contraposición al asignado a los testimonios que se hubieren podido recabar en el debate.

## IX- Bibliografía:

- **Aarnio, Aulis**, *Algunas observaciones sobre la justificación jurídica*, en Zuleta Puceiro, Enrique, *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 233
- **Alcacer Guirao, Rafael**, *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*, Indret 4/13, disponible en: <https://indret.com/la-devaluacion-del-derecho-a-la-contradiccion-en-la-jurisprudencia-del-tedh/>
- **Alexy, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- **Bellin, Jeffrey**, *The incredible shrinking confrontation clause* en Boston University Law Review (vol 92: 1865). Disponible en: [www.bu.edu](http://www.bu.edu).
- **Bibas, Stephanos**, *The limits of textualism in interpreting the confrontation clause*, en Harvard Journal of Law and public policy junio 1, 2014. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- **Cafferata Nores, José**, *Proceso penal y derechos humanos, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- **Davies, Thomas Y.**, *Selective Originalism: Sorting out Which Aspects of Giles Foreiture Exception to Confrontation Were or Were Not Established at the Time of the Founding*, 13 Lewis & Clark L. Rev. 605 (2009). Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- **De Wilde, Bas**, *A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases* en The International Journal of Evidence & Proof. Disponible en: <https://www.researchgate.net/>
- **Egerman, Mark**, *Avoiding Confrontation*, (March 1, 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1553455>
- **Fenner, Michael**, *Today's confrontation clause (after Crawford and Melendez-Díaz)*, Creighton Law Review, volume 43. Disponible en: [www.creighton.edu](http://www.creighton.edu).

- **Fischer, Jeffrey**, *Originalism as an Anchor for the Sixth Amendment*, 34 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 53 (2011). Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- **Friedman, Richard**, *Crawford and Davis: a personal reflection* en Regent University Law Review, volumen 19, número 2, 2006-2007. Disponible en: <https://www.regentuniversitylawreview.com/>
- **García, Luis**, *El Principio de Igualdad de Armas y los nuevos requerimientos (El derecho al control de la prueba introducida en el juicio. La incorporación de actas y la ocultación de la identidad de testigos, informantes e investigadores bajo cubierta)* en El Dial.com. DC69 y "Prudentia Juris" revista de la Universidad Católica de Buenos Aires, volumen 50, año 1999.
- **Garret, Brandon**, *Constitutional Law and the Law of Evidence*, Cornell Law Review, volume 101, noviembre 2015. Disponible en: [www.cornell.edu](http://www.cornell.edu).
- **Jonakait, Randolph N.**, *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, Rutgers Law Journal, Vol. 27, Issue 1 (Autumn 1995), pp. 77-168. Disponible en: <https://digitalcommons.nyls.edu>.
- **Jonakait, Randolph, N.**, *The Too Easy Historical Assumptions of Crawford v. Washington*, 71 Brook. L. Rev. 219 (2005-2006). Disponible en: <http://digitalcommons.nyls.edu>.
- **Larrauri, Elena**, *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, n° 12 (2003), UNED.
- **Laudan, Larry**, *Truth, error and criminal law, An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006.
- **Madden, Mike**, *Anchoring the Law in a Bed of Principle: A Critique of, and Proposal to Improve, American and Canadian Confrontation and Hearsay Law*, (2012) 35:2 Boston College International and Comparative Law Review. Disponible en: <https://lira.bc.edu/collection/902c543c-cf25-495b-9f95-e2dd63245d02>
- **Ortman, William**, *Confrontation in the age of plea bargaining*, en Columbia Law Review, volumen 121, p. 451. Disponible en:



<https://columbialawreview.org/content/confrontation-in-the-age-of-plea-bargaining/>.

- **Park, Roger**, *Is confrontation the bottom line?* en Regent University Law Review, volumen 19, número 2, 2006-2007. Disponible en: <https://www.regentuniversitylawreview.com/>.
- **Park, Roger**, *Purpose as a Guide to the Interpretation of the Confrontation Clause* en 71 Brook. L. Rev. 297 (2005) - University of California, Hastings College of the Law UC Hastings Scholarship Repository. Disponible en: [https://repository.uclawsf.edu/faculty\\_scholarship/601](https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/601)
- **Piqué, María Luisa**, *El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de 'Gallo López'*, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (tomo 16), Hammurabi, Buenos Aires.
- **Rovatti, Pablo**, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, en Revista internacional sobre razonamiento probatorio, n° 1, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.quaestiofacti.com/>.
- **Sheley, Erin**, *The Dignitary Confrontation Clause*, en Washington Law Review, volumen 91, número 1, 3 de enero de 2022. Disponible en: <https://digitalcommons.law.uw.edu>).
- **Stein, A.**, *Foundations of evidence law*, Oxford University Press, New York, 2005.
- **Tuerkheimer, Deborah**, *Crawford's triangle: domestic violence and the right of confrontation*, North Carolina Law Review, Vol. 85, 1, 2005. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=892620/>
- **Vernengo, Roberto J.**, *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1977.
- **Vozakis, Monica**, *The Confrontation Clause and the New "Primary Purpose Test" in Domestic Violence Cases; Davis v. Washington*, 126 S. Ct. 2266 (2006) en Wyoming Law review, Volume 7, Number 2. Disponible en: <https://scholarship.law.uwyo.edu>.