



Universidad de  
**San Andrés**

Universidad de San Andrés  
Maestría y Especialización en Derecho Penal

El derecho a la confrontación en relación con la figura del imputado arrepentido

Alumno: Santiago Martín Iglesias  
D.N.I.: 36.400.326

Tutor: Dr. Alberto Nanzer

Presentado el 31/12/2022

## **Resumen**

El objetivo de este trabajo es intentar determinar en qué casos y bajo qué condiciones podrían ser valoradas como pruebas las manifestaciones de los imputados arrepentidos a los fines de la determinación de la responsabilidad penal de las personas respecto de las cuales hubieran brindado información en los términos de la ley 27.304. Con ello pretendo contribuir a esclarecer una cuestión de importancia procesal que aún no ha sido tratada por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Para cumplir con este objetivo analizaré la figura en función de sus antecedentes normativos y su actual regulación, como así también el contenido y alcance del derecho fundamental a la confrontación sobre la base de las distintas decisiones adoptadas en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto con el fin de evaluar si los imputados arrepentidos encuadran dentro del concepto de testigo que surge de aquellos precedentes y si aquel derecho debe ser garantizado también con relación a ellos.

Luego, y a la luz de esa posibilidad, intentaré determinar cuáles son las consecuencias que podrían derivarse para el proceso en caso de que no se pueda garantizar a los demás acusados una oportunidad útil para interrogarlos.

## **Índice**

### I La figura del imputado arrepentido

#### I.A Antecedentes históricos y normas internacionales

#### I.B La legislación actual

#### I.C Las críticas de las que ha sido objeto

I.C.1 Críticas vinculadas con la denominación utilizada por la ley y de contenido ético-moral

I.C.2 Críticas vinculadas con los fines de la pena y los principios de culpabilidad e igualdad

I.C.3 Críticas vinculadas con la voluntariedad de la declaración y el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo

I.C.4 Críticas vinculadas con su escasa fiabilidad probatoria

I.C.5 Críticas vinculadas con la posibilidad de que se haga un uso arbitrario de la prisión preventiva

I.C.6 Su tratamiento por parte de la jurisprudencia

II Las manifestaciones del imputado arrepentido como prueba en juicio

III El derecho a la confrontación

III.A El derecho de interrogar a los testigos

III.B Las manifestaciones del imputado arrepentido a la luz del derecho a la confrontación

### **Introducción**

La ley 27.304 regula a nivel federal la figura del imputado arrepentido como una técnica especial de investigación dirigida a la obtención de datos o información respecto de determinados delitos por parte de quienes hubieran participado en ellos y a cambio de un beneficio: la reducción de las escalas penales correspondientes y la posibilidad de que esa modificación sea considerada al momento de decidir acerca de sus pedidos de excarcelación o exención de prisión.

A tal fin, los datos o la información aportada deben contribuir a la obtención de alguno de los fines enumerados en el artículo 1 de la ley. Se exige además que la información esté referida únicamente a hechos en los cuales los imputados arrepentidos hubieran participado y a personas con igual o mayor responsabilidad.

De cumplirse con los requisitos se celebrará un acuerdo, del que participarán el fiscal y el imputado colaborador con su asistencia letrada y que deberá ser presentado ante el juez del caso para su homologación. A partir de ese momento corre el plazo de un año, dentro del cual deberá corroborarse la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información suministrada.

La información suministrada y el acuerdo donde se plasma pueden ser utilizados también como prueba al momento de juzgar los hechos a los que se refieren. La propia ley habilita dicha posibilidad al exigir la incorporación del acuerdo al proceso una vez que fue homologado y al indicar que las sentencias de los órganos judiciales no podrán fundarse de manera exclusiva en las manifestaciones de los imputados arrepentidos (artículos 11 y 15 de la ley 27.304).

Además, rige en nuestro sistema el principio de libertad probatoria, en función del cual los hechos del proceso pueden probarse por cualquier medio de prueba, salvo que hayan sido obtenidos por una vía ilegítima o estén prohibidos por la ley.

De todas formas, lo mencionado no implica que el acuerdo pase a formar parte automáticamente del conjunto de elementos de los que ha de valerse la parte acusadora en el juicio. Para que ello suceda debe requerirse primero su incorporación como prueba,

lo que podría llegar a darse, a mi entender, por dos vías distintas: la incorporación por lectura del documento en el que consten las declaraciones y/o exhibición del soporte donde hubieran sido registradas; o por la reproducción oral durante el juicio por parte del imputado arrepentido de aquello que informó en su momento.

Al mismo tiempo, se podría llegar a sostener que para que dichas manifestaciones puedan ser valoradas como prueba la persona de las que provienen debe haber podido ser confrontada durante o previo al juicio por quienes se vean perjudicados.

Aquí es donde entra en juego el derecho de interrogar a los testigos, que se encuentra reconocido de manera expresa en los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este derecho se considera indispensable para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa en juicio del acusado. En función de aquel, la posibilidad de confrontar cara a cara a los testigos ha devenido en un presupuesto de legitimidad de la condena cuando se sustenta de manera primordial o exclusiva en aquellas declaraciones.

En ese sentido, la jurisprudencia nacional e internacional coincide en que por “testigo” ha de entenderse a todo aquel cuyas manifestaciones sean valoradas por el tribunal, sin importar que sean ofrecidas de forma oral o por cualquier otra vía<sup>1</sup>.

De aceptarse esta definición se podría considerar alcanzados por la norma a los imputados arrepentidos, en tanto ofrecen un testimonio incriminador que también es valorado, lo que traería como consecuencia que los lineamientos trazados por la jurisprudencia respecto de este derecho deban ser igualmente aplicados con relación a ellos.

Esto podría presentar ciertos problemas, toda vez que la ley 27.304 no exige que el imputado arrepentido declare en juicio ni establece la pérdida del beneficio en caso de que se niegue a contestar las preguntas que pudieran serle formuladas por las defensas de los demás acusados. Además, mantiene su calidad de imputado y goza por eso de derechos específicos, entre los que se encuentra el de no ser obligado a declarar.

Por eso, y dada la importancia fundamental que se atribuye a la confrontación, en el presente trabajo me propongo indagar si las manifestaciones de los imputado arrepentidos pueden ser valoradas como prueba aun cuando no se hubiera garantizado

---

<sup>1</sup> TEDH, casos “Säidi vs. Francia”, sentencia del 20/09/1993) “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España”, sentencia del 06/12/98 y “Bönisch vs. Austria”, sentencia del 06/05/85; CIDH, caso “Castillo Petruzzi c. Peru”, sentencia del 30/05/1999; y CSJN, “Benítez” (Fallos: 329:5556).

respecto de los demás acusados a los cuales estuvieran referidas la posibilidad de interrogarlos.

A tal fin, en los puntos que siguen intentaré analizar los antecedentes de esta figura en el derecho argentino, su regulación actual, el contenido del derecho de interrogar a los testigos de acuerdo con la jurisprudencia y las implicancias que podrían derivarse de ese derecho para el funcionamiento actual de la figura.

## **I. La figura del imputado arrepentido**

### **I.A. Antecedentes históricos y normas internacionales**

La figura del imputado arrepentido ha sido objeto de interés en tiempos recientes en función de la expansión de su ámbito de aplicación por parte de la ley 27.304, su utilización en casos de gran trascendencia público-mediática y el aumento de la preocupación global por la lucha contra el crimen organizado, que es lo que justificó su expansión moderna.

No obstante, el uso de la delación como forma de obtención de un beneficio y medio para la averiguación de la verdad ya existía desde mucho antes. Diversos autores han hecho notar que existen registros de distintos periodos históricos en los que se hizo uso de mecanismos similares. Casos como los de la figura inglesa del testigo de la corona, la “*immunity*”, el “*plea bargaining*” norteamericanos<sup>2</sup> y las promesas inquisitoriales<sup>3</sup> constituyen formas de delación premiada, por dar algunos ejemplos.

Pero lo cierto es que su aparición y aplicación actual en países de tradición continental europea como Argentina se encuentra íntimamente vinculada con la utilidad práctica de este tipo de técnicas de investigación para la lucha contra grupos criminales complejos, cuyas actividades delictivas son en general difíciles de demostrar en todo su alcance sin la ayuda de alguno de sus miembros.

Por ejemplo, en Italia la figura del “*pentito*” o “*collaboratori di giustizia*” fue creada durante la década del 70’ para combatir las actividades mafiosas<sup>4</sup>, mientras que en Argentina uno de sus primeros antecedentes normativos está vinculado con la lucha

---

<sup>2</sup> Cfr. ABOSO, *El arrepentido en el derecho premial penal*, Ah-hoc, Buenos Aires, 2017, págs. 7/13.

<sup>3</sup> Afirma Riquert que la delación fue ampliamente favorecida por los inquisidores para el tratamiento de los herejes. El autor señala que se propiciaba la confesión delatora del acusado de herejía ofreciéndole a cambio la preservación de su vida en forma engañosa, ya que la oferta finalmente no se respetaba (Cfr. RIQUEERT, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 82).

<sup>4</sup> Cfr. ABOSO, *El arrepentido en el derecho premial penal*, págs. 23/24 y RIQUEERT, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, págs. 86/87.

contra la venta ilegal de estupefacientes y fue creada en el año 1989 (artículo 29 *ter* de la ley 23.737).

La creciente capacidad de estas organizaciones de extenderse hacia otros países constituye además un fenómeno relativamente nuevo que hace de ellas un foco de atención internacional. El desarrollo tecnológico propio de la sociedad posindustrial y la globalización han favorecido en buena medida el incremento de sus posibilidades delictivas, al permitir la producción instantánea de delitos que superan los límites de las fronteras nacionales.

Esta situación llevó a que en el plano internacional se redoblen los esfuerzos por alcanzar instrumentos normativos que estén encaminados a lograr una mayor colaboración entre los Estados para la lucha contra estos delitos.

Uno de ellos es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo 26 exige que los Estados Parte adopten medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a proporcionar información útil a las autoridades competentes con el fin de que puedan investigar y probar cuestiones como la identidad, naturaleza, composición, estructura, ubicación y actividades de aquellos grupos, sus vínculos con otros similares y los delitos que hubieran cometido o pudieran cometer.

Esta Convención, que fue aprobada por la República Argentina mediante la ley 25.632, establece además que cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una colaboración sustancial en la investigación o enjuiciamiento, como así también la concesión de inmunidad judicial, siempre que sea acorde a los principios fundamentales de su derecho interno. También prevé la posibilidad de que se establezcan procedimientos para la protección física de esas personas<sup>5</sup>.

Idénticas disposiciones pueden ser halladas en el artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que fue aprobada por ley 26.097.

En el ámbito interamericano la Convención Interamericana sobre Desaparición

---

<sup>5</sup> La propia Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional reconoce en el comentario al artículo 20 de la Convención que: *“Estas técnicas son especialmente útiles para hacer frente a grupos delictivos organizados complejos debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y pruebas para su utilización en los procesos nacionales, así como para prestar asistencia judicial recíproca a otros Estados Parte. En muchos casos, métodos menos invasivos simplemente no resultarían eficaces, o no podrían llevarse a la práctica sin riesgos inaceptables para los participantes”* (párr. 442).

Forzada de Personas, aprobada por ley 24.556, establece en su artículo III que los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes hubieran participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren información que permita esclarecer el hecho.

En el caso de nuestro país, cuando hoy en día hablamos de imputados arrepentidos lo hacemos con referencia a una ley específica, la 27.304, que fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 19 de octubre de 2016. Ella regula, entre otras cuestiones, la situación de quien, luego de haber cometido un delito, obtiene un beneficio que consiste en la reducción de la escala penal o de la pena que le correspondería por haber aportado información útil para la investigación de ese u otros delitos o para el cumplimiento de alguno de los demás fines previstos por la norma.

Pero la figura no es nueva. Existía en nuestra legislación con anterioridad a la sanción de esta ley, aunque con relación a una menor cantidad de delitos y regulada separadamente para cada uno de ellos y de manera distinta.

Entre sus antecedentes es posible mencionar la ley 13.985, referida a los delitos de traición, espionaje y sabotaje, que en su artículo 14 establecía la eximición de pena de quien hubiera dado comienzo de ejecución a esos delitos, pero los denunciara antes de que fueran cometidos, como así también la de quienes luego del hecho denunciaran y procuraran el arresto de los demás involucrados. Si bien dicha norma fue derogada el 18 de noviembre de 1964 por la ley 16.648, el artículo 217 del Código Penal aún prevé la eximición de pena para casos semejantes. Puntualmente, para quien revele la existencia de una conspiración para cometer el delito de traición, siempre que suceda antes de iniciada la actividad investigativa<sup>6</sup>.

Más adelante, el artículo 5 de la ley 24.424 (sancionada el 7 de diciembre de 1994) incorporó el artículo 29 *ter* a la ley 23.737, que establecía la posibilidad de que las penas de los delitos previstos por aquella ley y por el artículo 866 del Código Aduanero se redujeran hasta la mitad del mínimo y del máximo o se eximiera de ellas, cuando la persona acusada hubiera revelado, durante el proceso o con anterioridad, la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos y proporcionado datos suficientes para avanzar en contra de ellos o que permitieran el secuestro de sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia.

---

<sup>6</sup> Cfr. BERNARDINI/NICOLÁS, *Imputado delator y delatado. Lógica del camaleón en las estrategias de defensa*, en *Estudios sobre jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa*, 2020, pág. 7.

Dicha reforma incorporó el artículo 29 *bis*, aún vigente, que prevé el delito de confabulación y también la posibilidad de que se exima de pena a quien revele la decisión común de ejecutar el delito a la autoridad correspondiente y a quien espontáneamente impida que se lo realice.

La posibilidad de reducción de la pena a cambio de información también fue establecida para los hechos de terrorismo por la ley 25.241, que fue sancionada el 23 de febrero del 2000. Dicha ley preveía la posibilidad de que la escala penal se redujera a la de tentativa o se limitara a la mitad respecto del imputado que antes del dictado de la sentencia definitiva hubiera colaborado con la investigación mediante el suministro de información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro o que hubiera ayudado a esclarecer el hecho investigado u otro conexo, o suministrado datos útiles para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito cometido fuera más leve que aquel respecto del cual hubiera colaborado<sup>7</sup>.

También estableció la posibilidad de que fuera aplicado el mínimo legal cuando la información brindada hubiera permitido acreditar la existencia de una asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo y de que esto último fuera considerara a los fines de la excarcelación.

Además, se creó una figura penal específica para aquellos que habiéndose acogido al beneficio formularan señalamientos falsos o proporcionaran datos inexactos sobre terceras personas y se estableció la posibilidad de que fueran adoptadas medidas de protección en caso de que hubiera razones para presumir la existencia de un riesgo para la integridad física del colaborador o de su familia.

Luego, la ley 25.742 incorporó el artículo 41 *ter* al Código Penal. Esta norma, que fue sancionada el 4 de junio de 2003, establecía que las escalas penales previstas en los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal podrían reducirse en un tercio de su máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que durante el proceso o antes de su iniciación proporcionaran información que permitiera conocer el lugar donde la víctima se encontraba privada de su libertad, la identidad de otros partícipes o encubridores o cualquier otro dato que posibilitara el esclarecimiento de los hechos. En caso de que hubiera correspondido la prisión perpetua la pena podía reducirse a la de 8 a 15 años de prisión. Estableció además que sólo podrían gozar de ese beneficio quienes

---

<sup>7</sup> Cfr. BERNARDINI/NICOLÁS, *Imputado delator y delatado. Lógica del camaleón en las estrategias de defensa*, pág. 7.



hubieran tenido una responsabilidad penal inferior a la de las personas sobre las cuales declararían.

Dicho artículo fue luego modificado por la ley 26.364, del 9 de abril de 2008, a los fines de que pudiera ser aplicado también respecto de quienes estuvieran acusados de haber cometido alguno de los delitos previstos por los artículos 145 *bis* y 145 *ter* del Código Penal.

Posteriormente se sancionó la ley 26.683 que incorporó como artículos 31 y 32 de la ley 25.246 dos disposiciones por medio de las cuales se autorizó que las previsiones de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la ley 25.241 pudieran ser aplicadas también respecto de los delitos previstos en los artículos 213 *ter*, 213 *quater* y 303 del Código Penal, y que pudiera reservarse la identidad de los testigos o imputados colaboradores.

La reforma también prohibió su aplicación para el caso de los funcionarios públicos, y agravó la pena prevista para quienes formularan señalamientos falsos o proporcionaran datos inexactos, cuando ello ocurriera en perjuicio de un imputado.

### **I.B. La legislación actual**

Recientemente, la ya mencionada ley 27.304 derogó la 25.241 y los artículos 29 *ter* de la ley 23.737 y 31 de la ley 25.246 y modificó el artículo 41 *ter* del Código Penal de forma tal que incluyera un abanico mucho más amplio de delitos. Reguló además el procedimiento para la obtención del acuerdo, su forma y contenido, las condiciones bajo las cuales debe ser homologado, el plazo para la corroboración de la información y las consecuencias de las que es posible quien proporcionare maliciosamente datos falsos o inexactos (art. 276 *bis* del Código Penal).

De esta manera, la figura pasó a poder ser utilizada para la investigación de delitos vinculados con el narcotráfico, contrabando, terrorismo, promoción, facilitación y explotación de la prostitución, pornografía infantil, trata de personas, secuestros, asociaciones ilícitas, corrupción y lavado de dinero (artículo 1).

Según la nueva redacción del artículo 41 *ter*, las escalas penales previstas para todos esos delitos podrán ser reducidas a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores que durante la sustanciación del proceso brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles que contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de esos hechos o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan

un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en aquel artículo.

Para que ello suceda la información debe estar referida únicamente a hechos ilícitos en los que hubieran participado y a personas con igual o mayor responsabilidad penal.

Por otra parte, y en lo que refiere al procedimiento, la ley establece que de cumplirse con los requisitos se celebrará un acuerdo, del que participaran el fiscal y el imputado arrepentido con su asistencia letrada y que deberá realizarse antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equivalente (artículo 8).

La norma establece además que no podrá ser celebrado por los funcionarios públicos que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político establecido por la Constitución Nacional, ni por quienes se encuentren involucrados en los procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad (artículo 3).

El acuerdo debe celebrarse por escrito e incluir la determinación de los hechos atribuidos al imputado arrepentido, el grado de participación que se le atribuya al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación, el tipo de información a proporcionar y su contenido y el beneficio que se otorgará por la colaboración (artículo 7), cuyos criterios de aplicación están contenidos y detallados en el artículo 5. Se establece también que se beneficiará especialmente a quienes celebren el acuerdo en primer término.

Además, se exige que las declaraciones efectuadas en el marco del acuerdo de colaboración sean registradas a través de un medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior (artículo 6).

El acuerdo deberá ser presentado ante el juez de la causa para su homologación, quien lo aprobará o rechazará en una audiencia con la presencia de las partes, luego de haberlas escuchado y de haberse asegurado de que el imputado arrepentido tuvo conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo. Si se determina que éste actuó voluntariamente y se cumplen los demás requisitos previstos en el artículo 41 *ter* el juez podrá homologarlo.

De lo contrario lo rechazará, decisión que puede ser apelada por las partes. De

adquirir firmeza las actuaciones quedarán reservadas y no podrán ser valoradas en perjuicio del imputado arrepentido ni de terceros (artículos 9 y 10).

Una vez homologado deberá ser incorporado al proceso y la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia (artículo 11). A partir de ese momento comenzará a regir el plazo de 1 año que establece el artículo 13 para que se corrobore la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información suministrada y el cumplimiento de las obligaciones que hubiera asumido el imputado.

La ley establece además que cuando la reducción de la escala penal aparezca como probable podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o exención de prisión y que quienes colaboren en el marco de esta normativa se encontrarán alcanzados por las disposiciones del Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados creado por ley 25.764 (artículo 14).

También se impone al juez el deber de valorar preliminarmente el acuerdo y la información brindada a los fines del dictado de las medidas cautelares que pudieran corresponder respecto de las personas involucradas y la prohibición de dictar sentencia de condena fundada únicamente en las manifestaciones de los colaboradores (artículos 12 y 15).

De tal forma, para la determinación de los hechos y la asignación de responsabilidad penal será necesario que exista una relación precisa y clara entre las manifestaciones del imputado arrepentido y las demás pruebas del caso, sin las cuales la hipótesis de la acusación no podría ser sostenida.

Por otra parte, es importante destacar que esta cuestión se encuentra regulada en los mismos términos que los de la ley 27.304 en las disposiciones del título VII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal Federal sancionado por ley 27.063 (arts. 195 a 208).

Además, y si bien se trata de una figura distinta, vale la pena mencionar que la ley 27.401, que fue publicada el 1 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial, ha establecido también la posibilidad de arribar a acuerdos de colaboración con las personas jurídicas, que resultan punibles en función de lo que establece esa ley y con las penas previstas en su artículo 7<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En estos casos, la persona jurídica se obliga a cooperar mediante la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, el pago de una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7 inc. 1 de la ley, la restitución de las cosas o ganancias que sean provecho o producto del delito y el abandono en favor del Estado de los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena (artículos 16 y 18). Eventualmente, y si así fuera acordado, deberá realizar también las acciones necesarias para reparar el daño causado, prestar un

También el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé una figura semejante, ya que su artículo 211 inc. f) establece la posibilidad de que se proceda al archivo de las actuaciones con relación a uno de los imputados cuando el fiscal lo considere indispensable para esclarecer el hecho o asegurar el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarias que se consideren de mayor relevancia y el primero haya aportado datos o indicaciones conducentes al efecto. En tal caso, el imputado beneficiado queda obligado a prestar declaración como testigo, cuestión sobre la que debe ser informado de manera fehaciente.

A continuación, y previo a adentrarme en el objeto de este trabajo, intentaré señalar algunas críticas que la doctrina y la jurisprudencia han señalado a la hora de tratar esta figura. Esto con el fin de brindar un mejor conocimiento sobre el tema y abonar el terreno para el tratamiento de la cuestión subsiguiente.

### **I.C Las críticas de las que ha sido objeto**

Desde un comienzo la figura ha sido objeto de numerosas críticas y las ha habido de distinta clase: desde las que cuestionan aspectos meramente conceptuales hasta aquellas que señalan su incompatibilidad con algunos aspectos de nuestro ordenamiento normativo. En el presente apartado intentaré resumidamente abordar algunas de ellas.

#### **I.C.1 Críticas vinculadas con la denominación utilizada por la ley y de contenido ético-moral**

Una de las críticas de las que ha sido objeto es aquella que apunta contra la denominación utilizada por la ley para referirse a quienes hagan uso de esta figura, es decir los mencionados “arrepentidos”. Para parte de la doctrina se trataría de un término inadecuado, pues no refleje la verdad psíquica de los acusados, quienes se presume que actuarán guiados por su interés personal, antes que por la culpa experimentada por las conductas<sup>9</sup>.

Según mi criterio estas apreciaciones pueden considerarse acertadas. Las

---

determinado servicio en favor de la comunidad, aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo e implementar un programa de *compliance* en los términos de los artículos 22 y 33 de la ley o mejorar o modificar el programa preexistente.

<sup>9</sup> Entre otros: ABOSO, *El arrepentido en el derecho premial penal*, pág. 121; BERNARDINI/NICOLÁS, *Imputado delatador y delatado. Lógica del camaleón en las estrategias de defensa*, pág. 56; DÍAZ CANTÓN, *Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”*, en Revista Pensar en Derecho, N° 13, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2018, págs. 21/22; RIQUERT., *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, págs. 21/22; SANCINETTI, *Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de ‘Arrepentido’ y de ‘Extinción de dominio’*, en Revista Pensamiento Penal, Doctrina, Buenos Aires, 2016, pág. 3.

motivaciones personales del imputado carecen de toda importancia. Además, la regulación actual da muestras de estar basada en una lógica de costo-beneficio y en ningún momento se hace mención a las razones que pudieran guiar la voluntad de quienes colaboran.

No obstante, es importante señalar que se trata de una cuestión que carece de toda relevancia a los fines práctico-legales. No se trata de una objeción categórica, es decir que no está dirigida a los elementos esenciales de la colaboración y puede ser resuelta por medio de una legislación alternativa.

Lo mismo puede decirse acerca de los cuestionamientos de tipo ético-morales, como los que señalan que su aplicación fomenta la traición como modo de vinculación entre las personas y otorga premios en función de un acto –la delación– que se considera socialmente reprochable<sup>10</sup>.

En estos casos además entra en juego una valoración propia del Poder Legislativo, fundada en razones de política criminal, que exceden, en principio, del ámbito de lo que puede ser analizado jurídicamente, al margen de que correspondería preguntarse si el fomento de la confianza entre criminales es un fin social deseable que el Estado deba perseguir o por lo menos no desalentar.

En ese sentido, podría sostenerse que, aunque la lealtad entre los individuos es algo bueno en términos generales, no lo es tanto cuando es debida a integrantes de grupos criminales dedicados a la realización de actividades ilegales que ponen en riesgo o perjudican el bien común y los derechos o intereses de terceros.

También es dudoso que las recompensas a la cooperación de quien delate a otros que están involucrados en sus mismas actividades delictivas tenga un efecto respecto de la confianza y la lealtad de los individuos entre sí a un nivel socialmente relevante para el más amplio desarrollo de las relaciones sociales. En todo caso, sería la confianza en el marco de relaciones criminales la que se vería perjudicada, lo que a simple vista constituiría un fin deseable de cara a los intereses generales de la sociedad.

---

<sup>10</sup> Como ejemplo de esto puede mencionarse la conocida posición de Cesare Beccaria, para quien este tipo de leyes presenta el inconveniente de que autoriza la traición, a la que califica como detestable “*incluso entre los criminales*” (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Aguilar Ediciones, Madrid, 1982, pág. 109). Como posición contrapuesta suele mencionarse la del filósofo inglés Jeremy Bentham, quien ya en 1811 justificó la posibilidad de recompensar la delación, cuando no hubiera otro medio mejor para conocer la identidad de los cómplices, bajo la afirmación de que “*la impunidad de uno es un mal menor que la de muchos*” (Cfr. BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, tomo II, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 2003, pág. 347).

## **I.C.2 Críticas vinculadas con los fines de la pena y los principios de culpabilidad y de igualdad**

Otra crítica frecuente sostiene que permitir que una persona que cometió un delito evada, aunque sea en parte, el castigo merecido pondría al instituto en pugna con una concepción retributiva de la pena y el principio de culpabilidad, según el cual la pena a imponerse al acusado debe ser estrictamente proporcional a la gravedad del hecho que hubiera cometido.

De la mano de esto van también las críticas que señalan que promueve la imposición de penas más severas para quienes prefieran guardar silencio y que establece una diferencia injusta entre personas que resultarían en principio merecedoras del mismo grado de reproche.

En mi opinión, estos cuestionamientos deben ser rechazados. En primer lugar, porque la facultad del Estado de renunciar parcialmente al uso de su poder punitivo como herramienta para la obtención de otros fines que también se consideran legítimos resulta incuestionable, en la medida en que sea el resultado de una decisión del Congreso de la Nación (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). A este órgano corresponde la decisión acerca de la tipificación como delito de una conducta y la escala penal aplicable, como así también la de establecer cuáles supuestos constituyen casos de agravación o atenuación de la pena.

En la medida en que el artículo 41 *ter* del Código Penal fue introducido por una ley del Congreso que cumple con los requisitos necesarios, la posibilidad de que se reduzca la pena a quienes cumplan con el supuesto allí contemplado escapa al ámbito de lo que puede ser revisado en sede judicial, en lo que refiere al mero hecho de que se disponga una reducción.

Esto desde un punto de vista formal. Sin embargo, desde un punto de vista material la situación no difiere en absoluto. Primero, porque la situación legislada no genera ningún perjuicio respecto de su beneficiario, quien recibe una pena menor a la que le hubiera correspondido. Además, la reducción luce razonable y no da lugar a casos de impunidad. La recompensa acordada se encuentra limitada a que la escala penal correspondiente se reduzca a la de la tentativa, de modo que la renuncia que se hace respecto de la pena a imponer resulta modesta. En segundo lugar, porque podría ser considerado igualmente injusto que sea una sola de las personas responsables la que deba sufrir la totalidad de la pena correspondiente al delito, mientras otros con igual o mayor responsabilidad la evaden.

En ese sentido, es preciso recordar que los medios técnicos y humanos con los que se cuentan a los fines de la realización de la acción penal son limitados y que la colaboración se presenta como una herramienta adecuada para superar dicho obstáculo en la medida en que permite obtener información a la que no se podría acceder de otra manera.

Otro problema que se plantea tiene que ver con la distinción que se produce entre quienes pueden acceder al instituto por cumplir con sus requisitos y quienes no pueden hacerlo a la luz del principio de igualdad. En mi opinión, en esos casos no existe una afectación de aquel derecho, ya que la pena que en definitiva les será impuesta a los segundos no puede ser otra que aquella que corresponda a su grado de culpabilidad y responsabilidad por el hecho, según las pautas generales que establece el Código Penal (artículos 40 y 41). Es decir, que la no aplicación del instituto no se traduce en una pena mayor, sino en aquella que les hubiera correspondido desde un primer momento.

Por otro lado, la distinción que establece la ley y en función de la cual es posible acceder a la reducción punitiva resulta razonable a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, que fue reafirmada recientemente en el fallo “*Shi, Junchui c/ Municipalidad de la ciudad de Arroyito*”<sup>11</sup>.

Allí se afirmó que el principio de igualdad consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un favor indebido o privilegio personal o de grupo.

En el caso de la ley 27.304, el supuesto objetivo de diferenciación (aporte de información) resulta razonable de cara al fin que persigue la norma, mientras que aquellos otros supuestos que están vinculados con la calidad de la persona (funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles de proceso de juicio político; personas acusadas de haber cometido delitos de lesa humanidad) y el grado de responsabilidad por los hechos (personas cuya responsabilidad por el hecho sea superior a la de aquellas que delata) obedecen a la protección de intereses legítimos y no denotan la existencia de un propósito de hostilidad.

---

<sup>11</sup> CSJ 001751/2018/RH001, sentencia del 20/05/2021.

### **I.C.3 Críticas vinculadas con la voluntariedad de la declaración y el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo**

También existen cuestionamientos vinculados con la voluntariedad de la declaración y la eventual afectación del derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo.

Según quienes sostienen estas críticas, la decisión del acusado no puede reputarse libre bajo ningún punto de vista, ya que el ofrecer una pena menor a cambio de que se inculpe a sí mismo y a terceros equivaldría a forzarlo a cooperar bajo la amenaza de que en el caso contrario se le imponga una pena más alta<sup>12</sup>.

Desde mi punto de vista una objeción semejante no puede prosperar. Y es que la pena mayor a la que se hace referencia y que en definitiva debería afrontar el acusado no es otra que la que en verdad le corresponde en función del delito cometido y su grado de culpabilidad. Es decir, no puede hablarse de una pena mayor a la debida y el curso de acción esperable en caso de negativa no es otro que aquel que ya estaba previamente establecido. No hay tal aumento de pena, porque la comparación no debe ser efectuada con relación a la pena disminuida (que es el medio por el cual se procura persuadir), sino con relación a la pena prevista por el Código Penal para el común de los casos de los que se trate.

Lo que la ley hace es ofrecer una alternativa, que se presenta como más beneficiosa para el acusado, a los fines de lograr su colaboración. Procura persuadir, pero no obliga, ni tampoco lo pone en una situación más desfavorable. Además, como reaseguro ante eventuales abusos se exige que la decisión sea adoptada con la asistencia de la defensa técnica y que el acuerdo sea homologado por el juez, quien debe asegurarse de que el acusado haya tenido el debido conocimiento de sus alcances y consecuencias y de que haya actuado libremente.

Esta postura también es compartida por parte de la doctrina. Según Spolansky, el imputado arrepentido no es obligado física o normativamente a transmitir información útil, sino que se trata de una alternativa, basada en criterios puramente utilitarios, que se le ofrece frente al castigo que le correspondería por su responsabilidad por el hecho y que está en manos del acusado decidir, con la asistencia de su defensa, cuál es el camino más beneficioso para sus propios intereses<sup>13</sup>. Un criterio similar ha sido expuesto por

---

<sup>12</sup> Entre quienes sostienen esta postura: SANCINETTI, *Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de 'Arrepentido' y de 'Extinción de dominio'*, pág. 8; RQUERT, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, 2017; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, 2011, pág. 308.

<sup>13</sup> Cfr. SPOLANSKY, *El llamado arrepentido en materia penal*. La Ley 2001-F, 1434, LLP, 2002, pág. 1434.



Hairabedián<sup>14</sup>. De igual forma lo ha entendido Gargarella, quien sostiene que nadie es forzado a declarar contra sí mismo, sino que lo que ocurre es que se da un incentivo especial a quien diga la verdad sobre lo que ha hecho o conoce: se trata de una opción voluntaria y de ningún modo obligatoria<sup>15</sup>.

En definitiva, la alternativa ofrecida al acusado no tiene un carácter coactivo, lo que no quita que pueda haber casos en los cuales puedan darse situaciones de coacción. Lo relevante a los fines de este análisis es que dichas situaciones no tienen que ver con los elementos esenciales de la figura y por lo tanto no autorizan a que sea objetada a nivel constitucional en términos abstractos y generales<sup>16</sup>.

#### **I.C.4 Críticas vinculadas con su escasa fiabilidad probatoria**

Por otra parte, considero correcto hacer mención de aquellas críticas que refieren a cuestiones vinculadas con su aplicación práctica, la posibilidad de que haya abusos y la baja calidad probatoria de las declaraciones de los arrepentidos como fuente de información.

Se ha afirmado que existe la posibilidad de que quienes colaboren con la justicia procuren exponer la realidad de los hechos de una forma que los presente con una culpabilidad menor a la que en verdad tuvieron e intenten incrementar la de los otros o incluso inventen responsabilidades por hechos que no han sucedido o señalen como cómplices a personas inocentes con el fin de apartar las sospechas de los verdaderos involucrados<sup>17</sup>.

Al respecto, si bien entiendo que se trata de un riesgo inherente a la figura, la regulación actual debería desincentivar ese tipo de comportamientos. En primer lugar, porque la ley exige que la información sea corroborada. Es decir, no basta con la palabra del imputado. En segundo lugar, porque establece además una pena de entre 4 y 10 años de prisión para quien proporcione maliciosamente información falsa o inexacta. Se trata de una escala cuyo mínimo legal es ampliamente superior al del delito de falso testimonio agravado por haber sido cometido en causa criminal y en perjuicio del acusado (art. 275

---

<sup>14</sup> Cfr. HAIRABEDIÁN, *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada*, 2019, págs. 31/35.

<sup>15</sup> Cfr. GARGARELLA, *Una justificación del "arrepentido"*, en Anfibia, Universidad Nacional de San Martín, <https://www.revistaanfibia.com/una-justificacion-del-arrepentido/>.

<sup>16</sup> Cfr. NANZER, *El imputado colaborador, ¿cuestión de principios o política pública?*, en prensa, págs. 6/12.

<sup>17</sup> Cfr. LIPKKE, *The Moral Complexities of Procuring Accomplice Testimony*, 2010, en *New Criminal Law Review*, vol. 13, University of California, pág. 111; DÍAZ CANTÓN, *Breves notas críticas sobre la figura del "arrepentido"*, 2018, pág. 22.

del Código Penal). Esto eleva significativamente el riesgo personal que asume quien colabora frente al supuesto de que la información que aporta sea falsa.

### **I.C.5 Críticas vinculadas con la posibilidad de que se haga un uso arbitrario de la prisión preventiva**

Por último, haré mención de las críticas dirigidas a que puedan valorarse las manifestaciones de un arrepentido a los fines de la decisión sobre su excarcelación y sobre la imposición de medidas cautelares respecto de las personas delatadas, y se ha hecho especial hincapié en la posibilidad de que se utilice la prisión preventiva como un medio coercitivo para obtener la confesión-delación de los acusados<sup>18</sup>.

Con relación a esto, existen pautas legales específicas que establecen cuándo y por qué corresponde la privación provisoria de la libertad de una persona. Según estas reglas, toda persona acusada de un delito debe permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso en su contra. Toda medida que restrinja ese derecho con anterioridad al dictado de una condena firme debe ser de carácter excepcional, estar dirigida a asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo de la investigación ni eludirá la acción de la justicia y adoptada mediante una decisión fundada según criterios específicos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>19</sup>.

La ley también prevé distintos remedios para el caso de que la decisión adoptada contravenga estos preceptos (pedidos de excarcelación, habeas corpus y recursos de apelación, casación e incluso eventualmente extraordinario y su queja).

Si la prisión preventiva fue impuesta de manera adecuada y por tiempo razonable no podría ser considerada por sí misma una instancia de coacción, pues se trataría de una situación que el imputado debería afrontar de todos modos por el mero hecho de su situación en el proceso. Con todo esto quiero señalar que no se trata de una cuestión inherente a la figura. La posibilidad de que haya abusos existe, pero debe ser analizada y demostrada en cada caso particular y tratada eventualmente por los organismos correspondientes<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. DÍAZ CANTÓN, *Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”*, 2018, págs. 24/25.

<sup>19</sup> Estos criterios han sido sostenidos de manera uniforme en el tiempo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos contenidos en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que integra nuestro bloque de constitucionalidad de acuerdo con el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional –cfr. fuera afirmado por la CSJN en Fallos: 318:514- y reafirmados recientemente en el caso “Romero Feris vs. Argentina”, del 15 de octubre de 2019.

<sup>20</sup> Cfr. NANZER, *El imputado colaborador, ¿cuestión de principios o política pública?*, págs. 12/15.

Por otra parte, la posibilidad de que se valore el acuerdo a los fines de la excarcelación luce a mi criterio inevitable, toda vez que de corroborarse la información suministrada el acusado será merecedor de una modificación en la escala pena aplicable, circunstancia que incide en la pena en expectativa. De igual forma, el hecho de colaborar puede incidir en la valoración del riesgo de entorpecimiento. Por eso, si bien no es posible acordar la libertad del acusado, la colaboración incide positivamente en los factores de riesgo y aumenta las probabilidades de que su libertad sea otorgada<sup>21</sup>.

### **I.C.6 Su tratamiento por parte de la jurisprudencia**

Algunas de estas controversias han sido además el objeto de importantes pronunciamientos jurisprudenciales.

Así, es posible mencionar el fallo “De Vido”<sup>22</sup> de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en el que los jueces Barroetaveña, Petrone y Figueroa tuvieron oportunidad de opinar con relación a los agravios expuestos por las defensas con relación a los principios de igualdad ante la ley y a no ser obligado a declarar contra uno mismo. Si bien existieron discrepancias entre los votos de los jueces Barroetaveña y Petrone, por un lado, y Figueroa por el otro, todos coincidieron en ciertas cuestiones que resultan fundamentales de cara a los cuestionamientos que fueron expuestos en los párrafos precedentes.

Para empezar, estuvieron de acuerdo en afirmar que la discusión acerca de si es posible que, en pos de lograr cierta finalidad reconocida por la ley, se beneficie a un imputado con una pena menor a la que hubiera merecido corresponde exclusivamente al ámbito legislativo y excede de lo que puede ser revisado en sede judicial. Establecieron así una distinción entre el ámbito de la discusión ética, que corresponde al Congreso de la Nación (donde se impuso una visión utilitarista que apoya el empleo de esta clase de medios), del ámbito procesal constitucional, desde el cual no es posible objetar la decisión adoptada en la medida en que no se encuentre reñida con preceptos legales de igual o mayor jerarquía.

También coincidieron en que no se advierte una afectación del principio a la igualdad con relación a aquellos imputados que se ven imposibilitados de acceder al instituto por no cumplir con los requisitos objetivos (aporte de información valiosa) o por hallarse incluidos en algunos de los casos en los cuales se encuentra específicamente

---

<sup>21</sup> Cfr. NANZER, *El imputado colaborador, ¿cuestión de principios o política pública?*, pág. 15.

<sup>22</sup> CFCP, Sala I, CFP 9608/2018, “De Vido y otros s/ recurso de casación”, reg. n° 1663/20, 30/11/2020.

vedado (procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad, funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político). Según los jueces, el criterio objetivo de distinción que establece la norma tiene que ver además con el aporte que puede hacer cada imputado y no con el lugar que ocupa dentro de la organización criminal.

De tal forma, sostuvieron que la afirmación, frecuente en la doctrina, de que se verían beneficiados quienes estuvieron involucrados en mayor medida en los hechos (por contar con más información que el resto) constituye una generalidad que podría verse o no verificada en el caso concreto, ya que también es posible que una persona de escasa jerarquía en la organización cuente con información valiosa de cara a los fines que persigue el instituto.

Por lo demás, indicaron que se trata de una categoría que establece una distinción razonable en base a criterios objetivos que tienen relación directa con el propósito de la ley, dentro de la cual se ofrece un trato igualitario a todo aquel que cumpla con sus requisitos, y que no se advierte una finalidad de hostilidad contra una persona o clase determinada.

Además, sostuvieron que la pena a cumplir que le correspondería a quienes carecieran de información será acorde a su grado de culpabilidad y de participación por el hecho que hubieran cometido, de modo que no se verían afectados en sus derechos.

Otro punto en el cual estuvieron de acuerdo fue en que no es posible afirmar que el instituto resulte por sí mismo violatorio del derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo. Si la alternativa a no brindar información es la de responder penalmente en función de la culpabilidad por el hecho no puede afirmarse que se esté ante la amenaza de ser sometido a un trato injusto o de que se aplique una pena desproporcionada. Por lo tanto, no se trata de un mal que el acusado no deba soportar.

La única cuestión respecto de la cual hubo divergencias estuvo vinculada con la posibilidad de que la inclusión de un imputado en el régimen de arrepentidos sea valorada a los fines de su excarcelación o exención de prisión.

Barroetaveña y Petrone estuvieron de acuerdo en que el artículo 4 de la ley 27.304 es constitucional. Ambos sostuvieron que todo cuanto la ley establece es una posibilidad que debe ser ponderada además junto a la existencia de riesgos procesales. Por eso, concluyeron que no se puede sostener la existencia de una relación directa y necesaria entre la declaración como arrepentido y la obtención de la libertad en el proceso.

Figuroa, en cambio, lo declaró inconstitucional. En defensa de su postura indicó

que la posibilidad de acceder a la libertad opera como un incentivo en favor de la delación y constituye un supuesto de coerción moral sobre el imputado que afecta sus derechos a no ser obligado a declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia. De la misma manera se pronunció con relación al artículo 2, que incorporó el art. 276 *bis* al Código Penal, por cuanto consideró que la exigencia de que la información aportada sea veraz trastoca la naturaleza de la declaración del imputado, que debe ser siempre libre en cuanto a su contenido.

Esta última cuestión fue tratada también en el fallo “Valiente”<sup>23</sup> de la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. En el caso la defensa del acusado había planteado la inconstitucionalidad del artículo 276 *bis* del Código Penal por el cual estaba procesado. Los jueces de la Sala sostuvieron, en una postura contraria a la de Figueroa, que lo que establece la garantía contra la autoincriminación es que nadie puede ser obligado a brindar información sobre lo que conoce, pero que eso no impide que el acusado pueda colaborar con las autoridades en la medida en que lo haga de manera voluntaria y según de sus propios intereses.

A tal fin, es necesario que el acusado conozca los alcances y consecuencias de su acción. En lo que refiere al caso concreto, sostuvieron que el acusado había sido puesto en conocimiento de que el acuerdo sería incorporado al proceso; que se verificaría la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información proporcionada; y que en caso de que proporcionara maliciosamente información falsa o datos inexactos podría imponérsele el castigo contemplado por el artículo 276 *bis* del Código Penal; que había contado con asistencia letrada y aceptado cada una de esas reglas. Concluyeron entonces que en ese contexto no puede haber coerción ni engaño.

En conclusión, la figura ha sido objeto de numerosas críticas. No obstante, la forma en que ha sido regulada parece adecuada en términos constitucionales. La jurisprudencia mencionada parece entenderlo de la misma manera. Si bien esto no significa que en la práctica no puedan darse situaciones que resulten violatorias de determinados derechos, su ámbito parece estar supeditado al de la correcta interpretación y aplicación del derecho y eventualmente al de la responsabilidad de los magistrados.

En el capítulo que sigue me propongo analizar una de aquellas situaciones, aunque referida exclusivamente a la eventual utilización como prueba en juicio de las manifestaciones del imputado arrepentido a la luz del derecho a la confrontación del resto

---

<sup>23</sup> CCCF, Sala 2, CCC 13669/2018, “Valiente, Juan Domingo s/ procesamiento con pp y embargo”, 5/10/18.

de los acusados.

## **II. Las manifestaciones del imputado arrepentido como prueba en juicio**

La posibilidad de afirmar que un suceso ocurrió en el pasado y que es atribuible a la acción u omisión de una persona determinada que deberá responder por eso constituye uno de los rasgos típicos de la función jurisdiccional. Todo proceso criminal apunta, en principio, a intentar lograr un cierto grado de conocimiento con relación a la verdad de los enunciados referidos a los hechos que constituyen su objeto y de los cuales se derivan consecuencias jurídicas específicas para los sujetos involucrados<sup>24</sup>. Ello a la luz de los consensos científicos vigentes, que entienden la verdad en términos relativos, de probabilidad y sujeta a la superación de estándares que aseguren un grado de corroboración determinado.

El método que se utiliza a tal fin no puede ser otro que el de la ciencia que se especializa en la reconstrucción de los sucesos del pasado, esto es la historia, aunque limitada en razón de las particularidades propias del proceso penal, donde existen reglas fundadas en la necesidad de protección de otros intereses que impiden la realización de todos los esfuerzos posibles para la realización de ese objetivo<sup>25</sup>. Se trata de un procedimiento de averiguación histórico y jurídicamente condicionado que se vale, para la verificación de una o más hipótesis acerca de un hecho, de los rastros y huellas que pudo haber dejado.

La prueba cobra entonces un papel fundamental. Sin embargo, en muchos casos el objeto, los medios e incluso el valor de las pruebas se ven regulados y limitados jurídicamente<sup>26</sup>.

El principio que rige en la materia es el de libertad probatoria, en función del cual todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del juicio debe ser probado y puede serlo por cualquier medio<sup>27</sup>. De esta forma, todo elemento relevante puede ser utilizado para la prueba de los hechos, salvo en el caso de que exista alguna prohibición específica<sup>28</sup>. Esto incluye tanto a los medios de prueba que se encuentran previstos en los códigos de procedimiento, como así también a aquellos otros que pese a no estar

---

<sup>24</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 30.

<sup>25</sup> Así lo afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Casal” (Fallos: 328:3399, considerando 30º) y “Carrera” (Fallos:339:1493, considerando 9º).

<sup>26</sup> Cfr. MAIER, *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*, Ad-hoc, 2015, pág.79.

<sup>27</sup> Cfr. MAIER *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*, pág. 104.

<sup>28</sup> Cfr. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2005, pág. 357.

enunciados de forma taxativa resultan igualmente idóneos para la corroboración de los hechos.

Las prohibiciones y demás reglas que fijan límites respecto de la prueba constituyen una excepción a este principio. Cuando refieren al objeto de la prueba se considera que conforman un límite absoluto, ya que se trata de un hecho que la ley impide que sea verificado. En cambio, en los demás casos se trata de límites relativos, toda vez que pueden emplearse otros medios, modos o personas para la prueba de los hechos<sup>29</sup>. Por lo demás, todo elemento de prueba que haya sido obtenido o incorporado en violación a alguna de estas reglas debe ser excluido de la valoración que hagan los jueces al momento de la sentencia<sup>30</sup>.

Todo esto reviste una importancia trascendental, pues sólo el subconjunto de pruebas relevantes admitidas y practicadas durante el juicio podrán fundar la decisión de los jueces en el caso<sup>31</sup>.

También la valoración de la prueba está sujeta a ciertas reglas. Un ejemplo de ello está dado por la regla de la sana crítica racional, que establece la necesidad de que las pruebas sean valoradas según las leyes de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia<sup>32</sup>.

En lo que refiere a las manifestaciones de un imputado arrepentido, no existen reglas que prohíban que la información aportada a través de un acuerdo de colaboración pueda ser utilizada como medio de prueba para la determinación de la materialidad de los hechos y la responsabilidad penal tanto del propio delator como del resto de las personas sobre las que hubiera informado.

Es decir, que a primera vista su utilización como prueba en juicio resultaría válida, independientemente de las cuestiones que pudieran suscitarse con relación a la forma de su incorporación al proceso, sobre lo que volveré más adelante.

En cambio, sí es posible advertir que existe una regla vinculada al peso relativo que cabe otorgar en la sentencia a estas manifestaciones. Se trata del artículo 15 de la ley 27.304, que establece que el órgano judicial no podrá dictar sentencia de condena fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por un imputado arrepentido y que para la

---

<sup>29</sup> Cfr. MAIER *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*, págs. 92/93.

<sup>30</sup> Cfr. MAIER *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*, págs. 117/118. Así lo ha sostenido a lo largo de numerosos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas” (Fallos: 306:1752 y 308:733, entre muchos otros).

<sup>31</sup> Cfr. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, pág. 40.

<sup>32</sup> Artículos 398 del Código Procesal Penal de la Nación y 10 del Código Procesal Penal Federal.

asignación de responsabilidad penal sobre la base de esos elementos se deberá indicar de manera precisa y fundada su correlación con las demás pruebas en que se sustente la condena.

Esta norma fija una regla de valoración respecto del aporte del delator, en función de la cual se exige que para el dictado de una sentencia de condena existan otras pruebas distintas de las manifestaciones del imputado arrepentido que corroboren su contenido<sup>33</sup>. Exige cierto grado de corroboración de esa información, sin el cual no sería posible condenar.

Esta regla da cuenta en parte de la desconfianza que históricamente ha existido respecto de los imputados delatores<sup>34</sup>. Sin embargo, cabe señalar que las declaraciones brindadas por los acusados siempre han sido tratadas con cierto recelo cuando refieren a la responsabilidad penal de sus coimputados, tal y como lo demuestra cierta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que haré referencia más adelante.

Al margen de esto, creo que existen ciertos paralelismos entre las declaraciones de los imputados arrepentidos y las de los testigos en sentido estricto que justifican la adopción de esta norma, aunque no haga más que reafirmar la manera en que debe ser considerada toda prueba personal<sup>35</sup> según las reglas de la sana crítica antes mencionadas.

En ese sentido, es posible señalar que ambos supuestos tratan sobre la exposición verbal de un relato en función de lo que la persona dice recordar con relación a un hecho que conoció personalmente o sobre el que recibió alguna información.

Al mismo tiempo, sus diferencias están dadas por el rol que cada uno ocupa en el proceso, las formas rituales que acompañan la declaración (necesidad de juramento y obligación de decir la verdad en el caso del testigo/voluntariedad y falta de juramento por parte del acusado) y las consecuencias que se derivan para cada uno si faltan a la verdad de manera intencionada (artículos 275, 276 y 276 *bis* del Código Penal).

De allí que la gran mayoría de los defectos que frecuentemente se señalan respecto de la prueba testimonial y que se vinculan con la forma de obtención del conocimiento sean igualmente aplicables respecto de las manifestaciones de los imputados arrepentidos.

Por ejemplo, se señala, con fundamento en la psicología del testimonio, que la

---

<sup>33</sup> Cfr. Riquert, *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, pág. 274.

<sup>34</sup> Cfr. Hairabedián, *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada*, pág. 80.

<sup>35</sup> Por prueba personal me refiero a aquella que procede del relato o de la información que alguien aporta verbalmente o por exposición en el procedimiento (cfr. Maier, *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*, pág. 122).



observación de un hecho constituye un proceso complejo integrado por una multiplicidad de momentos. Entre ellos se mencionan la adquisición, retención y recuperación de lo observado. Cada una de estas etapas está sujeta a factores que pueden condicionar el grado probable de correspondencia entre lo que se recuerda y lo que verdaderamente sucedió, situación que además se ve atravesada por un proceso de reelaboración constante.

Todo esto hace que la prueba testimonial resulte poco fiable en términos generales<sup>36</sup> y da lugar a la posibilidad de que se cometan errores honestos, cuestión que, según afirma la doctrina, ha tendido a ser ignorada por la justicia, dada la tendencia a considerar a la sinceridad y la mentira como los únicos factores capaces de incidir en la veracidad de lo declarado<sup>37</sup>. De ahí que el grado de fiabilidad que se puede atribuir a la prueba testimonial resulte verdaderamente escaso si no se la corrobora por otros medios de prueba<sup>38</sup>.

Esto no ha impedido que cierta jurisprudencia tienda a aceptar la posibilidad de que se condene bajo ciertas condiciones con la declaración de un solo testigo<sup>39</sup>. No obstante, no sucede lo mismo cuando se trata de declaraciones emanadas de un coimputado.

Respecto de éstos, la jurisprudencia ha asumido siempre una postura escéptica y restrictiva en cuanto al valor probatorio que es dable atribuir a sus declaraciones cuando están referidas a la responsabilidad penal de otra persona<sup>40</sup>, lo que puede ser apreciada en los escasos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que existen sobre el tema.

En el último de los fallos en los que sentó posición sobre el tema, la Corte decidió absolver a una acusada al considerar que los testimonios incriminatorios del resto de los

---

<sup>36</sup> Cfr. IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 106/112.

<sup>37</sup> Cfr. RAMOS, *La prueba testifical*, Marcial Pons, 2019, págs. 116/139.

<sup>38</sup> Cfr. RAMOS, *La prueba testifical*, 2019, pág. 171.

<sup>39</sup> Por ejemplo, se afirma que sin un sistema de prueba tasada la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial y que la convicción judicial no depende de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar con la declaración de un único testigo, incluso con la de la propia víctima (cfr. el fallo dictado por la Sala 1 de la CNCCC en la causa N° 45.873/14, reg. N° 1048/16, rta. el 30/12/16). Así también lo entendió la Sala 2 en la causa N° 45.278/13, reg. N° 301/17, rta. el 24/4/17, entre muchas otras.

Sin embargo, cabe advertir que se trata de un criterio de aplicación para casos vinculados con hechos ocurridos en contextos en los que la obtención de otras fuentes independientes de prueba resulta muy difícil o directamente imposible. En esas circunstancias, la prueba de contexto resulta de suma relevancia y la ausencia de otros medios de prueba suele reemplazarse por un análisis sumamente minucioso del testimonio.

<sup>40</sup> Cfr. CÚNEO LIBARONA, *La declaración del coimputado en el proceso penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, pág. 117.

coprocesados no eran lo suficientemente inequívocos y concordantes entre sí como para que se relacionaran sin esfuerzo con la voluntad instigadora que le era atribuida.

Allí se afirmó que *“En principio, las acusaciones de los coprocesados son siempre sospechosas, aunque quienes las formulen no hayan de conseguir con ellas aminorar su responsabilidad penal, por lo cual para que susciten convicción han de tener particular firmeza y estricta coherencia”*<sup>41</sup>.

En casos anteriores la Corte había sostenido que este tipo de declaraciones no podían consistir más que en prueba indiciaria o circunstancial y sujeta en todos los casos a la necesidad de su corroboración por otros medios de pruebas<sup>42</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta cuestión en términos similares. En el caso *“Ruano Torres y otros vs. El Salvador”* sostuvo que *“lo cierto es que es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia”*<sup>43</sup>.

El mismo criterio fue luego reafirmado en el caso *“Zegarra Marín vs. Perú”*. Allí se afirmó que *“las declaraciones de los co-acusados revisten valor indiciario y, por consiguiente, forman parte de la prueba indirecta o indiciaria, debiendo valorar sus contenidos conforme a los principios de la sana crítica; es decir, que sean varios los indicios y, entre ellos, sean serios y precisos, así como concordantes”*<sup>44</sup>.

En ambos casos se trató de declaraciones brindadas por imputados colaboradores.

De la misma manera lo entendió el Tribunal Constitucional de España, al afirmar que las declaraciones de un coimputado son prueba insuficiente y carecen de aptitud por sí solas para superar el estado de presunción de inocencia del que gozan los restantes acusados, razón por la cual deben ser mínimamente corroboradas por la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración<sup>45</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha servido de

---

<sup>41</sup> Fallos: 215:324 (“Panelatti de Domper, Josefina y otros”).

<sup>42</sup> Fallos: 116:241 y LL, 17-654 (“Ricardo Arratía y otros”), del 12/3/1940.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso “Ruano Torres y otros v. El Salvador”, 5 de octubre de 2015, párr. 133.

<sup>44</sup> CorteIDH, caso “Zegarra Marín vs. Perú”, sentencia del 15 de febrero de 2017.

<sup>45</sup> TCE, Sentencia 233/2002, del 10 de enero de 2003.

guía en muchos casos a nuestra propia Corte, también hizo mención de esta situación y afirmó que el uso de las declaraciones plantea ciertos problemas vinculados con la posibilidad de que fueran obtenidas mediante manipulación o que sean el resultado de venganzas personales. En su opinión, ello conduce a la necesidad de asegurarse de que esas declaraciones se vean corroboradas por otros elementos de prueba<sup>46</sup>.

Todo esto ha llevado a la doctrina a afirmar que el valor de las declaraciones de los imputados arrepentidos es meramente indiciario e insuficiente para desvirtuar el estado de inocencia<sup>47</sup>.

En mi opinión, el artículo 15 de la ley 27.304 no hace más que reflejar estas preocupaciones, al tiempo que destaca y reitera la obligación de los jueces de valorar aquellas pruebas conforme a las reglas de la sana crítica<sup>48</sup>.

De acuerdo con aquellas y en el marco del principio de la libre valoración de la prueba ningún elemento debería ser considerado suficiente por sí solo para alcanzar el grado de certidumbre que se requiere para una condena<sup>49</sup>. La superación del estado de presunción de inocencia exige ante todo que la hipótesis acusatoria sea confirmada por una pluralidad de pruebas compatibles entre sí y formulada de tal manera que implique la verdad de varios datos probatorios y la explicación de todos los datos disponibles<sup>50</sup>.

De lo que todo esto da cuenta es de que una sentencia de condena nunca se podría sustentar de forma exclusiva en las manifestaciones de un imputado arrepentido de acuerdo con las reglas que rigen la valoración de la prueba. El artículo 15 opera entonces a modo de garantía de que se procederá de una manera determinada en la valoración de esas declaraciones.

En otro orden de ideas, su enunciación da cuenta acerca de la posibilidad de que las manifestaciones sean de algún modo introducidas y utilizadas como prueba en juicio, pues de lo contrario no tendría sentido fijar una regla sobre cómo deben ser valoradas.

Al margen de todo esto, creo interesante destacar que existen también algunas normas incluidas en la ley 27.304 que parecen estar dirigidas a intentar garantizar un mayor grado de fiabilidad respecto de estas declaraciones y superar así algunas de las críticas de las que ha sido objeto.

Entre ellas está el artículo 2, que establece la existencia de consecuencias penales

---

<sup>46</sup> Cfr. TEDH, caso “Labita vs. Italia”, Sentencia 26772/95 del 6 de abril de 2000.

<sup>47</sup> ABOSO, *El arrepentido en el derecho premial penal*, pág. 109.

<sup>48</sup> Cfr. GÓMEZ URSO/SIVO, *Ley del “arrepentido”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pág. 209.

<sup>49</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2011, pág. 135.

<sup>50</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2011, pág. 150.

puntuales para el caso de que se demuestre que quien se acogió al beneficio proporcionó información falsa o inexacta de forma maliciosa (art. 276 *bis* del Código Penal), y el artículo 13, que fija el plazo de un año para la corroboración, aunque sea parcial, de la información aportada, sin lo cual no será posible la obtención del beneficio.

Es decir que no basta con que un acusado haya aportado información y que se la haya plasmado en un acuerdo, ni siquiera con que ese acuerdo haya sido homologado. Si esa información no logra ser verificada o carece de utilidad el beneficio será denegado y el imputado habrá asumido los riesgos vinculados con el empleo de este mecanismo sin recibir nada a cambio<sup>51</sup>. Además, si se demuestra que era falsa podría ser condenado a una pena de entre 4 y 10 años de prisión.

En Estados Unidos, donde este tipo de acuerdos goza de una amplia trayectoria, la Corte Suprema de Justicia ha establecido, a partir del caso “United States v. Dailey”<sup>52</sup>, que el testimonio de los imputados que colaboran con las autoridades resultan admisibles como prueba respecto de la participación de los demás acusados siempre que el jurado que decida el caso sea previamente instruido para que analice el testimonio del colaborador con especial cuidado, se les permita la lectura del pacto de colaboración y se autorice a la defensa a efectuar un contra-examen lo más amplio posible. En estos casos se procura compensar la desconfianza innata a este tipo de declaraciones mediante una mayor permisividad respecto a la amplitud del contra-examen vinculado con el ejercicio del derecho de interrogar a los testigos de la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>53</sup>.

En definitiva, ninguna pauta legal impide que las declaraciones efectuadas por un imputado arrepentido en el marco de un acuerdo de cooperación puedan ser utilizadas como prueba para la demostración de los hechos y la responsabilidad de los demás acusados. Las reglas que existen sobre el tema refieren exclusivamente a la manera en

---

<sup>51</sup> Se han registrado casos de amenazas e incluso homicidios de imputados arrepentidos. A modo de ejemplo: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2021/09/06/mataron-de-dos-tiros-en-la-cabeza-al-arrepentido-que-delato-a-uno-de-los-narcos-mas-temidos-de-rosario/> y <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-arrepentido-manzanares-ex-contador-k-denuncio-amenazas.phtml>.

<sup>52</sup> USC, 1º Cir., 5/4/85, “United States v. Dailey”, nº 84-1578, 759 F.2d 192. No obstante, es preciso destacar que entre este sistema legal y el nuestro existen diferencias fundamentales. Entre ellas, que toda persona (testigo o imputado) puede ser llamado a declarar frente a los jueces. De igual forma, toda persona cuenta con la posibilidad de negarse a declarar de acuerdo con lo que establece la quinta enmienda de la Constitución, pero si lo hacen debe ser bajo juramento y bajo la amenaza de sufrir consecuencias penales en caso de que falten a la verdad. Además, los fiscales cuentan con una libertad mucho mayor en cuanto a aquello que puede ser acordado.

<sup>53</sup> USC, 27/2/74, “Davis v. Alaska”, nº 72-5794, 415 U.S. 308.

que dichas declaraciones deben ser valoradas, lo que presupone la posibilidad de que puedan ser utilizadas. Esto en el marco de una situación de desconfianza histórica respecto de la figura del delator, cuestión que la ley habría intentado atenuar mediante el establecimiento de normas dirigidas a garantizar un mayor grado de fiabilidad de sus declaraciones.

Esas declaraciones tienen lugar en ocasión de celebrarse el acuerdo, frente al fiscal y en ausencia y desconocimiento de los demás acusados. Razones vinculadas con la efectividad de la investigación justifican dicho procedimiento. No obstante, llama la atención que la ley no exija luego a los imputados arrepentidos que declaren acerca de lo informado en algún momento del proceso. La ley tampoco garantiza ninguna instancia específica en la que puedan ser interrogados.

Esto podría tener implicancias en cuanto a la fiabilidad de la prueba, ya que la confrontación es entendida como una garantía de conocimiento, y respecto de los derechos de los demás acusados, específicamente del derecho de interrogar o confrontar a los testigos si debiera ser también asegurado con relación a los imputados arrepentidos.

Por eso, en el punto que sigue intentaré analizar la manera en que ese derecho ha sido entendido por la jurisprudencia nacional e internacional, con el fin de determinar sus alcances y evaluar si su ejercicio debe ser garantizado también con relación a ellos, para luego y en caso afirmativo tratar de responder la pregunta acerca de cómo podría influir tal circunstancia en la valoración que se haga de sus declaraciones en las sentencias judiciales.

### **III. El derecho a la confrontación**

#### **III.A. El derecho de interrogar a los testigos**

Son muchos los principios que se plantean para regular cómo debe llevarse a cabo la presentación de las pruebas ante los jueces. Entre ellos se destacan los ya conocidos principios de publicidad, inmediación, oralidad, concentración y contradicción. Sobre este último me centraré en esta parte del trabajo.

El principio de contradicción suele presentarse como una garantía procesal de las partes referida a la posibilidad de cuestionar de alguna manera el contenido o forma de las pruebas introducidas al juicio y que repercute en una mejor posibilidad de valoración por parte del juez<sup>54</sup>. El derecho de interrogar a los testigos podría ser considerado como

---

<sup>54</sup> Cfr. VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la pericial*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 32.

una de las manifestaciones de este principio, toda vez que permite cierto grado de confrontación entre la persona acusada y aquellas en base a cuyos relatos se pretende sustentar la hipótesis acusatoria.

Su objetivo consiste en permitir que el acusado controle la fiabilidad de la información que se introduce al juicio. Se les daría así una oportunidad de exponer la mentira y de forzar la memoria del testigo, hacerlos declarar frente al tribunal y sembrar dudas en cuanto al grado de confianza que pudieran merecer sus declaraciones, todo lo cual repercutiría en una reducción de la probabilidad de que se llegue a una decisión errónea<sup>55</sup>.

No obstante, e independientemente de la cuestión epistemológica, en nuestro medio se encuentra comúnmente aceptado que este derecho responde a un imperativo de justicia, en virtud del cual no puede obtenerse una condena a partir de declaraciones efectuadas sin control del acusado. El derecho de interrogar a los testigos constituiría entonces una manifestación particular del más amplio derecho al control de la prueba y operaría como un límite más respecto del objetivo formal de la averiguación de la verdad al exigir que se excluyan de la valoración aquellos testimonios que no hubieran podido ser confrontados adecuadamente<sup>56</sup>.

Se trata además de una característica típica de un juicio adversarial<sup>57</sup>, ya que expresa la concepción del proceso como contienda o controversia entre iguales, para lo cual es necesario que la defensa esté dotada de la misma capacidad y poderes que la acusación y que su papel de contradictor esté garantizado en todo momento y con relación a todo acto probatorio<sup>58</sup>.

En términos normativos, es posible señalar que rige de manera explícita en nuestro ordenamiento positivo a partir de la adopción primero y jerarquización después de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen como garantía mínima del proceso, respectivamente en sus artículos 8.2.f y 14.2.e, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de otras personas para que declaren como testigos o peritos y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los

---

<sup>55</sup> Cfr. ROVATTI, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Num. 1., Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 37/38.

<sup>56</sup> Cfr. NANZER, *La prueba derivada bajo el prisma de la confrontación*, en PASTOR, *Neopunitivismo y neoinquisición*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008, pág. 367.

<sup>57</sup> Cfr. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 143.

<sup>58</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2011, pág. 614.

testigos de cargo.

La regla se encuentra prevista también en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (la así llamada *confrontation clause*), que garantiza a todo acusado el derecho a “ser confrontado con los testigos en su contra”, y en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Aunque tradicionalmente se afirma que el origen de este derecho reposa en el de defensa en juicio hay quienes sostienen que se explica mejor como una derivación del derecho a la igualdad de armas<sup>59</sup>, que exige que exista cierto balance entre los intereses de la acusación y la defensa a los fines de asegurar que tengan durante el juicio las mismas posibilidades de presentar sus casos de manera convincente ante el tribunal<sup>60</sup>.

En el ámbito europeo se entiende además que este derecho aplica respecto de todo tipo de evidencias. Esto incluye tanto la opinión de los expertos (peritos) como las afirmaciones de otros coimputados<sup>61</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define la palabra “testigo” en el sentido más amplio posible, como cualquier persona cuyas declaraciones vayan a ser tomadas en cuenta por el tribunal<sup>62</sup>, lo cual fue especialmente resaltado en los casos “Bönisch v. Austria”<sup>63</sup> y “Barberá, Messegué y Jabardo v. España”<sup>64</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se hizo eco de algunas de estas consideraciones. En el caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” sostuvo que “*Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*”<sup>65</sup>, criterio que fue luego reiterado en numerosos pronunciamientos<sup>66</sup>.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo referencia a ellos en el

---

<sup>59</sup> Cfr. MAIER, *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2.ª ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2012, pág. 577.

<sup>60</sup> Cfr. WEISSER, *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceeding in Europe*, en BROWN/TURNER/WEISSER, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, New York, Oxford University Press, 2019, pág. 7.

<sup>61</sup> Cfr. WEISSER, *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceeding in Europe*, 2019, pág. 16.

<sup>62</sup> Cfr. WEISSER, *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceeding in Europe*, 2019, pág. 15.

<sup>63</sup> TEDH, “Bönisch vs. Austria”, serie A, N° 92, sentencia del 6 de mayo de 1985.

<sup>64</sup> TEDH, “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España”, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988.

<sup>65</sup> CIDH, caso “Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 154.

<sup>66</sup> CIDH, caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 184; “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2005, párr. 152; y “Norín Catrimán vs. Chile”, sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 242; entre otros.

fallo “Benítez”<sup>67</sup>. En el caso la defensa había planteado que la incorporación por lectura de los testimonios que fueron utilizados como prueba para lograr la condena del acusado lesionaba el derecho de defensa en juicio, especialmente en lo referido al derecho de interrogar a los testigos. La incorporación había sido ordenada ante el fracaso de las autoridades de lograr la comparecencia de los testigos a la audiencia de debate.

La Corte decidió dejar sin efecto la sentencia de condena, al entender que se había fundado en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad de controlar, lo cual resultaba a criterio de los jueces violatorio de los derechos antes mencionados. Además, se afirmó que las razones dadas por el Estado en cuanto a que se habrían realizado todos los esfuerzos posibles por hallar a los testigos carecían de relevancia de cara a la decisión sobre si esas pruebas podían fundar legítimamente una condena penal, para lo cual era imprescindible que el acusado hubiera tenido una oportunidad de llevar a cabo un interrogatorio.

Asimismo, se sostuvo también, con cita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya mencionada<sup>68</sup>, que aun cuando una de las declaraciones incorporadas por lectura no pertenecía a un testigo en sentido estricto, sino a una persona que estuvo procesada en la causa, el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada de desafiar a todo aquel que hubiera hecho declaraciones en su contra y que por “testigo de cargo” debe entenderse toda declaración de una persona en que se funda una acusación o decisión judicial de condena.

Por último, la Corte afirmó también, con cita en el caso “Unterpertinger”<sup>69</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la decisión no estaba vinculada con la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, que bien podría resultar admisible bajo ciertas condiciones, sino con la necesidad de que la utilización de esas declaraciones resulte respetuosa del derecho de defensa de los acusados.

Si bien la Corte no lo explica, una lectura del caso “Unterpertinger” citado permite apreciar que lo fundamental, según el criterio allí establecido, es que el acusado haya tenido en algún momento la oportunidad de interrogar a la persona.

En ese caso, la policía había interrogado a la esposa del acusado, primero como sospechosa y luego como denunciante, respecto de un hecho en el que ambos habían

---

<sup>67</sup> Fallos 329:5556. El mismo tema fue tratado también posteriormente en el fallo “Alfonso” (Fallos:

<sup>68</sup> TEDH, caso “Säidi vs. Francia”, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43; caso “Barberá, Messegué y Jubardo vs. España”, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1985; y caso “Bönisch vs. Austria”, serie A, N° 92, sentencia del 6 de mayo de 1985.

<sup>69</sup> TEDH, caso “Unterpertinger vs. Austria”, serie A N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986.



estado involucrados. En ocasión de realizarse el juicio tanto ella como su hijastra se negaron a declarar en función de la prerrogativa que les otorgaba el artículo 152.1, primer párrafo, del Código de Procedimiento Penal de Austria. A petición del fiscal se dio lectura a las declaraciones efectuadas ante la policía y sobre esa base el tribunal austríaco declaró a Unterpertinger culpable del delito de lesiones.

En el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se sostuvo que, si bien dicha lectura no podía considerarse en sí misma opuesta al artículo 6.1 y 3.d de la Convención Europea de Derechos Humanos, su utilización como medio de prueba debía respetar el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos propuestos por la acusación, que se ve afectado si la persona acusada careció de la posibilidad de interrogar a las personas cuyas declaraciones fueron incorporadas por lectura.

En definitiva, se concluyó que la sentencia había violado el artículo 6 de la Convención, toda vez que el derecho de defensa del acusado se había visto sumamente limitado frente a las declaraciones en las que estuvo fundada.

Particular atención merece a mi criterio el voto del señor S. Trechsel, miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos y quien especificó las razones que justifican ese derecho, cuya opinión forma parte del anexo del caso y a la que hizo referencia el Tribunal al momento de decidir. Trechsel indicó que el acusado tiene el derecho de interrogar a los testigos de la acusación para someter a prueba su credibilidad, poner de resalto los factores que lo favorezcan y forzarlos a completar la información que hubiesen omitido para llegar así a una exposición total de los hechos.

Además, afirmó que sería inadmisibles que el derecho de negarse a declarar se concediera a determinada clase de personas en perjuicio del acusado. Por eso, en el caso no cabía más que una alternativa: o los testigos brindaban declaración en el juicio y aceptaban ser interrogados también por la defensa o su testimonio no podía ser utilizado. Lo decisivo era que el acusado hubiera tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar en algún momento del proceso a los testigos sobre las declaraciones en que fue fundada su condena.

Este criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue posteriormente reafirmado en “Doorson v. Países Bajos”<sup>70</sup>, “Lucà v. Italia”<sup>71</sup> y “Solakov”<sup>72</sup>.

El caso “Lucà” presenta la particularidad de que trató específicamente sobre la

---

<sup>70</sup> TEDH, caso “Doorson v. Países Bajos”, solicitud N° 20524/92, sentencia del 26/03/1996.

<sup>71</sup> TEDH, caso “Lucà v. Italia”, solicitud N° 33354/96, sentencia del 27/02/2001.

<sup>72</sup> TEDH, caso “Solakov v. Macedonia”, solicitud N° 47023/99, sentencia del 31/10/2001.

falta de contradicción respecto de las declaraciones de un coimputado que se negó a declarar durante el juicio. En este caso el Tribunal afirmó que el hecho de que la declaración hubiera sido efectuada por un coimputado carecía de relevancia, dado el sentido amplio con el que la palabra “testigo” debía entenderse a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, para la cual toda declaración que pudiera servir para una condena constituye prueba sujeta al ejercicio del derecho a la confrontación<sup>73</sup>. Allí se sostuvo también que en tanto la condena se había basado únicamente en manifestaciones que la defensa no había tenido oportunidad de cuestionar debía considerarse vulnerado ese derecho.

Un criterio similar fue sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “Crawford vs. Washington”<sup>74</sup>. Allí se afirmó la regla según la cual las declaraciones de testigos que se encuentran ausentes durante el juicio son sólo válidas si se encuentran imposibilitados de declarar por algún motivo y siempre que el imputado hubiera tenido una oportunidad previa de interrogar. También se sostuvo la importancia de la contradicción en tanto constituye un indicio de fiabilidad de las declaraciones allí donde existan afirmaciones contrapuestas<sup>75</sup>.

El criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los fallos mencionados fue luego reemplazado en el caso “Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido”<sup>76</sup>. Allí se estableció la necesidad de que se cumpla con tres condiciones para que proceda la incorporación por lectura de una declaración: a) que exista una buena razón para que el testigo no declare en juicio; b) que su declaración no constituya la prueba única y decisiva en que se funda la condena; y c) que la ausencia del testigo se vea

---

<sup>73</sup> TEDH, caso “Lucà v. Italia”, solicitud N° 33354/96, sentencia del 27/02/2001, párr. 41.

<sup>74</sup> 541 U.S. 36 (2004).

<sup>75</sup> Lo resuelto en este último caso se vincula con la manera en la que históricamente fue tratada en el ámbito anglosajón la cuestión de la prueba *hearsay*, que el artículo 801 de las *Federal Rules of Evidence* define como toda manifestación que el declarante no efectuó en juicio oral o en una audiencia judicial y que es ofrecida como evidencia para probar la verdad de lo afirmado en aquella manifestación, con lo que quedan comprendidas todas las manifestaciones sobre hechos introducidas en el proceso por una vía distinta a la de la declaración testifical de su autor.

La postura histórica respecto de esta cuestión ha sido que no deben ser admitidas en juicio, aunque existen diversas excepciones fundadas en la presunta fiabilidad o necesidad de la prueba que pueden ser halladas en los artículos 803 y 804. Cabe destacar que los fundamentos del derecho probatorio en la tradición jurídica anglosajona difieren de los de la tradición europea continental, en gran medida debido al papel que juega en aquel proceso el jurado y que conduce a la realización de un esfuerzo previo dirigido a fortalecer *ex ante* la legitimidad de sus decisiones mediante un escrutinio intenso respecto de la prueba que ingresa al juicio, de forma tal de evitar que su criterio se vea contaminado por pruebas de baja calidad (Cfr. VARELA, *Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba “hearsay” en el derecho anglosajón*, en LEDESMA, *El debido proceso penal*, tomo 2, 1.ª ed., Hammurabi, 2016, pág. 199).

<sup>76</sup> TEDH, caso “Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido”, solicitudes N° 26766/05 y 22228/06, sentencia del 15 de diciembre de 2011.

compensada de manera suficiente mediante la inclusión de garantías procesales.

Algunos ejemplos de “buenas razones” en los términos de este test han sido el fallecimiento o enfermedad del testigo y la necesidad de asegurar su seguridad personal o de evitar la revictimización<sup>77</sup>.

Lo decidido en aquel caso fue luego reafirmado y aclarado en “Schatschaschwili v. Germany”<sup>78</sup>, donde se especificó el carácter interrelacionado de los tres requisitos y su relevancia para la determinación de la equidad general del procedimiento.

En ese sentido, se indicó que lo que el tribunal debe decidir en primer lugar es si existió una buena razón para la ausencia del testigo. Luego se debe determinar el peso que esa evidencia podría tener en la sentencia y si se trata de prueba única o decisiva. De esto último dependerá a su vez el peso que deban tener las medidas de contrapeso necesarias.

Según el tribunal, para que una razón sea buena debe estar basada en hechos o normas que justifiquen la ausencia del testigo o la imposibilidad de su declaración durante el debate. Además, en los casos en que sea imposible dar con el testigo los tribunales deben demostrar haber realizado todos los esfuerzos necesarios para lograr su comparecencia.

Ahí se afirmó también que sería errado sostener la inequidad del proceso por la mera ausencia de una buena razón para no contar con un testigo si su testimonio no constituye la prueba única o decisiva en que se fundó la sentencia. La decisión acerca de si resulta decisiva depende a su vez de que se cuente con pruebas de apoyo o corroboración y su peso relativo en la decisión del caso.

El fallo da además ejemplos de posibles medidas de contrapeso, entre las que menciona: la posibilidad de que la prueba sea valorada con cautela; la exhibición en el juicio de la grabación de la declaración efectuada durante la etapa de investigación; la existencia de pruebas que corroboren lo declarado; y la existencia de una oportunidad previa y efectiva de interrogar al testigo previo al debate.

Por último, quisiera hacer mención del Informe N° 268/21<sup>79</sup> de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que hace referencia a las circunstancias que

---

<sup>77</sup> Cfr. WEISSER, *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceeding in Europe*, 2019, pág. 126.

<sup>78</sup> TEDH, caso “Schatschaschwili v. Alemania”, 9154/10, 15 de diciembre de 2015, párrs. 112, 116, 117, 119, 120, 123, 126, 127, 128 y 130.

<sup>79</sup> ComIDH, caso 12.681 “Marcos Alejandro Martín vs. Argentina”, 5 de octubre de 2021. Ver párr. 28, 41, 46, 47 y 50.

permiten hacer excepción del principio general establecido sobre este tema en los fallos de la Corte Interamericana. Allí se sostuvo que toda limitación del derecho de interrogar a los testigos debe estar fundada en razones de peso, como el riesgo a la vida o integridad personal de los declarantes, y deben haber sido adoptadas medidas de contrapeso suficientes. La condena no podría fundarse únicamente o en un grado decisivo en declaraciones de testigos que la defensa no pudo interrogar.

La Comisión afirmó en este caso que no se habían alegado en la sentencia razones que justificaran la necesidad de incorporar por lectura las declaraciones en base a las cuales fue condenado el acusado y que las mismas resultaron decisivas para la condena. También se sostuvo que otorgar un fuerte valor probatorio a una prueba practicada en violación al derecho de defensa y condenar sobre esa base, cuando no existen otros elementos de corroboración, resulta violatorio del principio de presunción de inocencia<sup>80</sup>.

Lo expuesto hasta aquí me permite llegar a ciertas conclusiones. La primera de ellas es que, según la jurisprudencia mencionada, el derecho fundamental de interrogar a los testigos de cargo no se limita a los testigos en sentido estricto, sino que abarca también a todo aquel que hubiera hecho declaraciones en contra del acusado, categoría dentro de la cual se incluye a los imputados arrepentidos.

Esto no significa que deban ser considerados testigos en los términos de los artículos 239 y ss. del Código Procesal Penal y 158 y ss. del Código Procesal Penal Federal. El testigo es siempre una persona ajena al juicio que por haber tenido conocimiento a través de sus sentidos de algún hecho vinculado con su objeto es llamado a declarar. En cambio, los coimputados son parte, ostentan una situación procesal determinada en función de la cual se les reconocen derechos especiales y tienen un interés concreto en el resultado del caso<sup>81</sup>. Un coimputado puede negarse a declarar, no tiene obligación de decir la verdad de cuanto diga, puede negarse a contestar preguntas y no es, en principio, susceptible de ser acusado por el delito de falso testimonio<sup>82</sup>.

Si bien esto último presenta ciertas particularidades en lo que refiere a la situación de un imputado arrepentido, toda vez que se encuentra regulada una figura penal específica para el caso de que falte a la verdad (art. 276 *bis* del Código Penal), todas las demás circunstancias vinculadas con su condición de coimputado resultan igualmente

---

<sup>80</sup> El caso culminó mediante la firma de un Acuerdo de Cumplimiento de Recomendaciones, que fue aprobado por el decreto 201/2019 del Poder Ejecutivo Nacional, razón por la cual no llegó a ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana.

<sup>81</sup> Cfr. CÚNEO LIBARONA, *La declaración del coimputado en el proceso penal*, pág. 33.

<sup>82</sup> Cfr. CÚNEO LIBARONA, *La declaración del coimputado en el proceso penal*, pág. 39.

aplicables, especialmente lo que refiere a la posibilidad de negarse a declarar y/o contestar preguntas, cuestión sobre la que volveré más adelante y que podría constituir un obstáculo para el adecuado ejercicio del derecho del resto de los acusados de interrogar a los testigos.

La segunda cuestión que la jurisprudencia mencionada habilita a concluir tiene que ver con la posibilidad de que las excepciones a este derecho sean válidas bajo ciertas condiciones. En nuestra legislación es posible encontrar alguna de ellas. Por caso, haré mención de lo establecido en los artículos 391 del Código Procesal Penal de la Nación y 262 y 289 del Código Procesal Penal Federal.

El artículo 391 establece que las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los casos que allí se enumeran. Éstos son: 1) cuando hubiera conformidad de las partes; 2) cuando se trate de demostrar contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate o fuera necesario ayudar a la memoria del testigo; 3) cuando hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier motivo; 4) cuando hubiere declarado por exhorto o informe, siempre que se le hubiera recibido declaración de forma anticipada por presumirse que no concurrirá al debate o hubiera sido examinado en su lugar de residencia a causa de un impedimento legítimo.

Según Navarro y Daray, como se trata de excepciones a principios inmanentes del derecho penal (como lo son la publicidad, oralidad e inmediación) y se encuentra en juego la garantía de la defensa en juicio expresada a través del derecho puntual a la confrontación de la prueba, la ley es sumamente restrictiva en la admisión de los supuestos<sup>83</sup>. La regla que permite la incorporación por lectura de declaración de testigos que no pudieron ser oídos en juicio por alguno de los motivos señalados es a criterio de ambos sumamente controversial, pues en tal caso el derecho de interrogar se vería afectado de manera inevitable<sup>84</sup>.

Sin embargo, afirman que el derecho constitucional a la confrontación de la prueba no exige que la contradicción se produzca efectivamente, sino que reclama tan sólo que sea obligatorio posibilitarla<sup>85</sup>.

De esta manera, la prueba podría ser incorporada en la medida en que se hayan

---

<sup>83</sup> Cfr. NAVARRO/DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, págs. 134/135.

<sup>84</sup> Cfr. NAVARRO/DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 135.

<sup>85</sup> Cfr. NAVARRO/DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 139.

dado alguna de las hipótesis permisivas previstas legalmente y se hubiera cumplido adecuadamente con las formalidades requeridas al momento de obtención del testimonio, que incluyen la notificación a la defensa de que será realizada esa medida. Eso no significa que deban tener el mismo valor probatorio que aquellas pruebas que pudieron ser producidas y controladas durante el debate<sup>86</sup>. Igual criterio sostuvo Carrió con base en el fallo “Benítez”<sup>87</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”<sup>88</sup>.

Este criterio es compartido por García, quien afirmó que lo importante es que la defensa haya tenido una oportunidad útil y efectiva de interrogar al testigo en alguna etapa del juicio. Para ello resultaría necesario que se haya notificado a la defensa de la fecha en que iba a ser recibida la declaración<sup>89</sup>.

Además, sostuvo que la posibilidad de que el imputado y su defensa participen de los actos de la instrucción está establecida en los artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal de la Nación y que la necesidad de que se haga efectiva la notificación de la realización de aquellos actos obedece al compromiso asumido por el Estado de garantizar la realización de un juicio, oral, público y contradictorio y al riesgo de que se pierdan elementos de prueba relevantes. Para evitarlos señaló que existe la posibilidad de producir prueba de forma anticipada<sup>90</sup>.

El nuevo Código Procesal Penal Federal cristaliza este criterio en la regulación del artículo 289, donde establece que sólo podrán ser incorporadas al juicio por lectura o exhibición 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; la prueba documental o de informes y certificaciones; y los registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos fallecidos o caídos en incapacidad física o mental, ausentes o de residencia desconocida o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieran declarar en juicio.

En estos casos, la necesidad de que se notifique previamente a la defensa acerca de que se recibirá una declaración durante la investigación preparatoria pasa a constituir

---

<sup>86</sup> Cfr. NAVARRO/DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 140/141.

<sup>87</sup> Fallos 329:5556.

<sup>88</sup> Cfr. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6.ª Ed., Hammurabi, 2019, pág. 137.

<sup>89</sup> Cfr. GARCÍA *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 cuberita)*, en *Prudentia Iuris*, N° 50, Universidad Católica Argentina, 1999, págs. 81/84.

<sup>90</sup> Cfr. GARCÍA, *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 cuberita)*, págs. 88/89.

un requisito de validez para su posterior incorporación por lectura si el testigo se ve impedido de participar en el juicio<sup>91</sup>.

La tercera y última conclusión a la que da lugar la jurisprudencia mencionada es que la prueba no confrontada no puede resultar única ni decisiva para la condena, pues en tal caso se violaría el derecho a la presunción de inocencia y el debido proceso.

En definitiva, el principio rector que deriva del derecho de interrogar es el de que toda la prueba testimonial destinada a servir como base a la decisión del caso debe ser producida en una audiencia pública y en presencia del acusado, a quien debe permitírsele que interroge de manera exhaustiva a cada uno de los testigos.

Excepcionalmente, se puede restringir este derecho e incorporar por lectura declaraciones obtenidas con anterioridad al juicio. No obstante, es necesario que: a) existan buenos motivos o razones de peso que justifiquen la imposibilidad de efectuar el interrogatorio; b) se hayan adoptado medidas de contrapeso suficientes, entre las que se menciona el otorgamiento de una posibilidad previa de interrogar; y c) no se trate de prueba única o decisiva.

En ese sentido, resulta indiscutible que la ocasión más relevante a los fines de la confrontación es el juicio oral y público, con inmediación, concentración y frente a los jueces que deben decidir el caso. Las constancias escritas de una declaración ocurrida en otras instancias procesales no poseen en mismo valor de convicción que aquellas obtenidas en el marco del debate y como resultado del examen y contra examen del testigo<sup>92</sup>.

En conclusión, es posible afirmar que toda incorporación al juicio de una declaración por lectura supone una restricción al derecho del acusado de interrogar a los testigos, pero deben ser toleradas en algunos casos. Además, no toda restricción de este derecho resulta incompatible con la noción de un juicio justo.

Por otra parte, es importante destacar que existen otros casos donde el derecho a la contradicción sufre restricciones aún peores, las cuales se justifican en la mayor jerarquía de los intereses que se pretende proteger y que podrían verse afectados de reeditarse la declaración o de producirse por las vías ordinarias, como sucede respecto de las declaraciones de personas menores de 16 años y víctimas de delitos sexuales, trata de

---

<sup>91</sup> Cfr. NAVARRO/DARAY, *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2.<sup>a</sup> ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pág. 342.

<sup>92</sup> Cfr. OSSOLA/LOPARDO, *Desafíos para la defensa en el Código Procesal Penal Federal*, Editores del Puerto, 2019, pág. 147).

personas u otras graves violaciones a los derechos humanos (arts. 250 *ter* y *quater* del Código Procesal Penal de la Nación y 164 del Código Procesal Penal Federal).

Además, los códigos procesales también permiten la incorporación por lectura de prueba documental, con lo cual dejan abierta la posibilidad de que ingresen al juicio de manera irrestricta documentos, pericias y actas que fueron labradas durante la instrucción de la causa y que contienen distintas clases de manifestaciones<sup>93</sup>. Así sucede, por ejemplo, con los artículos 289 inc. “b” del Código Procesal Penal Federal o el 392 del Código Procesal Penal de la Nación, que autoriza la introducción por lectura las denuncias y otros documentos de las declaraciones brindadas por coimputados, ya sobreseídos o absueltos, condenados o prófugos, como partícipes del delito o de otro conexo.

### **III.B. Las manifestaciones del imputado arrepentido a la luz del derecho a la confrontación**

En este punto intentaré analizar la posibilidad de que las manifestaciones de los imputados arrepentidos sean incorporadas a juicio y valoradas en la sentencia, en función de la equiparación que la jurisprudencia antes mencionada establece entre éstos y los testigos en sentido estricto a los fines del ejercicio del derecho a la confrontación.

Por manifestaciones me refiero a lo declarado en ocasión de llevarse a cabo el acuerdo de colaboración. Vale aclarar también que las expresiones “derecho de interrogar” y “derecho a la confrontación” son empleadas en este trabajo indistintamente.

Dichas manifestaciones deben haber sido registradas a través de algún medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior e incorporadas al proceso para el conocimiento de las partes (arts. 5 y 11 de la ley 27.304). El acuerdo tiene lugar, además, durante la etapa de investigación y sin la presencia de ninguna otra defensa más que la del imputado arrepentido.

Ahora bien, como primera cuestión quiero señalar que la ley no exige a los imputados arrepentidos que reproduzcan durante el juicio lo que declararon en oportunidad del acuerdo, ni que contesten las preguntas que pudieran serles formuladas.

Tampoco pueden ser citados como testigos. Según el criterio dominante en nuestro país, dicho rol y el de imputado no pueden ostentarse de manera simultánea, toda vez que la obligación de decir la verdad que se exige respecto de los primeros resultaría violatoria del derecho a no ser obligados a declarar contra sí mismos de los segundos<sup>94</sup>. La

---

<sup>93</sup> Cfr. GÓMEZ URSO, *El juicio oral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, págs. 112/113.

<sup>94</sup> Cfr. MAIER, *Derecho Procesal Penal: sujetos procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2013, págs. 242/243.



posibilidad de citar como testigo a un imputado está prevista únicamente para el caso en que ya hubieran sido condenados o absueltos y, en el caso de los primeros, sin el deber de declarar bajo juramento<sup>95</sup>.

A mi criterio la única forma de incorporar sus declaraciones al juicio estaría dada por la lectura del acta o por la reproducción o exhibición del medio técnico donde se las hubiera registrado. Pero este camino no garantiza ni posibilita el derecho de los demás acusados de interrogar al imputado arrepentido.

La única instancia en la cual podrían ser preguntados es durante sus declaraciones indagatorias, según lo que establecen los artículos 202, 203, 299 y 378 del Código Procesal Penal de la Nación. Pero, aun así, la ley les garantiza el derecho de negarse a contestarlas, como derivación de los derechos a la defensa en juicio y a no ser obligados a declarar contra sí mismos que les corresponden en su carácter de imputados.

Por eso, para que esta circunstancia pueda ser considerada como una oportunidad útil y efectiva de llevar a cabo un interrogatorio sería necesario que: a) el imputado arrepentido se encuentre presente durante el juicio; y b) que acepte contestar preguntas.

En la medida en que eso suceda considero que no habría razones para sostener que hubo una violación al derecho de interrogar o para rechazar la valoración de sus declaraciones. Lo mismo podría afirmarse en caso de que las defensas decidieran no formular ninguna pregunta.

Sin embargo, resta definir si existe una violación al derecho de interrogar a los testigos en el caso de que la defensa de alguno de los demás acusados decida formular preguntas y el imputado arrepentido se niegue a contestarlas.

En tal caso, la posibilidad de valorar las declaraciones debería depender de que pueda afirmarse que la imposibilidad de confrontar, fundada en el ejercicio de sus derechos de defensa en juicio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, constituye una buena razón para que no se lleve a cabo el interrogatorio y de que existen medidas de contrapeso suficientes.

De esta forma, estaríamos sometiendo la posibilidad de valoración de esas manifestaciones a un test de validez similar al que debe llevarse a cabo, según la jurisprudencia analizada, respecto de las declaraciones de los testigos en sentido

---

<sup>95</sup> Artículo 249 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir la verdad, con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo”.

estricto<sup>96</sup>.

Se trata de una situación en la cual se hallan en juego tres intereses relevantes: el de los imputados arrepentidos a guardar silencio; el de los acusados en interrogarlos; y el de la acusación en poder hacer valer en juicio prueba útil obtenida durante la etapa de instrucción o investigación preparatoria.

Ahora bien, uno de los criterios que se pueden extraer de aquellos fallos es el que establece que en los casos de testigos indisponibles los Estados deben haber realizado todos los esfuerzos posibles por lograr que declaren durante el juicio.

Como ya dije, en el caso de los imputados arrepentidos la ley no previó ningún mecanismo especial por el cual puedan ser interrogados, ni estableció la exigencia de que sostengan en juicio sus declaraciones originales. Tampoco condicionó la obtención del beneficio a que contesten preguntas.

Esto podría llevar a considerar que la falta de una oportunidad de confrontar resulta atribuible a una omisión por parte del Estado, equiparable con la falta de realización de los esfuerzos suficientes por lograr la comparecencia de los testigos, pues al momento de legislarse el instituto se evitó implementar mecanismos adecuados para garantizar que puedan ser interrogados.

Y es que, así como el Estado logró que los imputados se decidan a brindar la información necesaria para alcanzar los fines legítimos que interesan al avance del proceso y a la acusación mediante un incentivo adecuado, podría haber hecho lo mismo a efectos de lograr el compromiso de éstos en contestar las preguntas que pudieran serles formuladas durante el juicio o en la ocasión especial que pudo haber sido establecida. Hubiera bastado con incorporar en el texto legal el deber de declarar y/o contestar preguntas como una condición más para la obtención del beneficio.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige a los Estados parte que adopten las medidas legislativas o de cualquier carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos que allí se reconocen, entre los que se encuentra el de interrogar a los testigos (artículos 1 y 7.2.f). Dicho instrumento goza de jerarquía constitucional en función del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y debe ser interpretada en las condiciones de su vigencia. En estas condiciones, la falta de inclusión de un mecanismo que asegure la posibilidad de interrogar en estos casos podría llegar a

---

<sup>96</sup> Cfr. TEDH, caso “Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido”, solicitudes N° 26766/05 y 22228/06, sentencia del 15 de diciembre de 2011 y ComIDH, caso 12.681 “Marcos Alejandro Martín vs. Argentina”, 5 de octubre de 2021.

ser considerada como una violación de aquella norma.

Al margen de esto, es importante destacar que muchas de las razones que se consideran válidas para la incorporación por lectura de declaraciones prestadas con anterioridad al juicio se vinculan con la necesidad de resguardar ciertos derechos del testigo que podrían verse afectados en razón de su posterior comparecencia a brindar declaración durante el debate, como su derecho a la salud o a la integridad personal. Se trataría, según lo analizado, de buenas razones para limitar aquel derecho.

En el caso que nos ocupa la imposibilidad de interrogar no encuentra asidero en un hecho extraprocesal que impida o desaconseje la presencia en la audiencia del declarante, como ocurre en los ejemplos mencionados, sino en la negativa de éstos a declarar y/o contestar las preguntas que pudieran serles formuladas. Dicha prerrogativa obedece al ejercicio del derecho que se les reconoce de guardar silencio (arts. 296 del Código Procesal Penal de la Nación y 65 inc. “c” del Código Procesal Penal Federal) y que constituye una derivación de los derechos de defensa en juicio y a no ser obligados a declarar contra sí mismos que les corresponden en su rol de acusados (arts. 18 y 75 inc. 24 de la Constitución Nacional, 8.1 y 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 y 14.2.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En ese sentido, considero que, así como la enfermedad o el temor del testigo pueden ser consideradas razones suficientes para prescindir de la contradicción en ciertos casos, la negativa del acusado arrepentido a declarar o contestar preguntas podría ser entendido como una buena razón para que se prescinda del interrogatorio respecto de ellos y justificar la incorporación por lectura de sus declaraciones.

No se trata de una ponderación entre derechos con el fin de determinar cuál prevalece frente a determinada circunstancia, sino de ver si el ejercicio de alguno de ellos (en este caso el de guardar silencio) constituye un obstáculo para el ejercicio del otro (derecho de interrogar) y de que ese obstáculo reconozca razones que lo fundamenten adecuadamente. Es decir, que el obstáculo no es normativo, sino fáctico, aunque apoyado en razones legales que lo fundamenten.

Por el lado de las medidas de contrapeso, éstas deben ser entendidas como aquellas que remiten al modo en que el juez se aproxima a la valoración de la declaración anterior y a la disponibilidad y fuerza probatoria de otras evidencias que sirvan para compensar la falta de oportunidad para interrogar<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. ROVATTI, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, 2020, págs. 13/14.

En mi opinión, es posible encontrar mecanismos semejantes en las normas de los artículos 2, 6, 7, 11, 13 y 15 de la ley 27.304. Según vimos, aquellas establecen la existencia de una figura penal para quienes proporcionen maliciosamente información falsa o inexacta (artículo 2); la necesidad de que las declaraciones sean registradas a través de un medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior (artículo 6); la celebración por escrito del acuerdo con la aclaración de la información a proporcionar y el beneficio por obtener (artículo 7); la necesidad de que el acuerdo sea incorporado al proceso (artículo 11) y de la corroboración total o parcial de la información mediante otros medios de prueba (artículo 13); y la prohibición dirigida a los jueces de condenar sobre la sola base de esas solas manifestaciones (artículo 15).

De esta forma, se podría afirmar que contribuyen a garantizar cierto grado de fiabilidad de las declaraciones, pues aseguran la transparencia de lo acordado entre fiscales e imputados y de lo declarado en aquella oportunidad por éstos últimos, como así también la necesidad de que las manifestaciones sean valoradas con cautela y de que existan pruebas que corroboren la información suministrada.

Por otro lado, la tercera cuestión a considerar es aquella referida a si las declaraciones no confrontadas constituyen prueba única o decisiva para la condena.

Al respecto, cabe destacar que en las condiciones actuales las declaraciones de un imputado arrepentido no pueden constituir la única prueba en que se sustente una sentencia, pues lo prohíbe expresamente el artículo 15 de la ley 27.304. La determinación acerca de si se trata de prueba definitiva dependerá en cambio de la existencia de otro tipo de pruebas que las corrobore. A mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que se deba otorgar a estas declaraciones<sup>98</sup>.

En definitiva, la posibilidad de que las declaraciones de los imputados arrepentidos puedan ser incorporadas y valoradas en la sentencia en aquellos casos en que no puedan ser confrontados o se nieguen a ello dependerá, según las pautas mencionadas, de que podamos afirmar que el derecho a guardar silencio que les asiste en su rol de acusados constituye una buena razón para prescindir del interrogatorio. Además, no debe tratarse de prueba única o decisiva y deben existir medidas de contrapeso que justifiquen suficientemente la pérdida de fiabilidad que se genera con relación a estas declaraciones

---

<sup>98</sup> Así lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Norín Catrimán y otros v. Chile”, sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 247. Este último criterio recoge los principios de la llamada *sole or decisive rule*, en función de la cual una condena no puede basarse única o decisivamente en declaraciones que la defensa no pudo controlar.

como resultado de la falta de una oportunidad para interrogar a los acusados.

En mi opinión, esta referencia a la fiabilidad de las pruebas en su relación con el principio de contradicción permite presumir que el abordaje analizado se produce desde una perspectiva regida por criterios utilitaristas, basados en consideraciones de orden epistemológico e instrumental, antes que en la necesidad de garantizar el derecho de interrogar a los testigos como un fin en sí mismo.

Desde ese punto de vista, la garantía se justifica en la necesidad de otorgar a la defensa una herramienta que permita testear la calidad de la información y asegurar su fiabilidad. Mediante el interrogatorio se puede controlar la información y/o sembrar dudas sobre la credibilidad del testigo. Es decir, que tiene por objetivo contribuir a evitar el error en las decisiones judiciales<sup>99</sup>.

De ahí que la adopción de una regla estricta en lo que refiere al ejercicio del derecho a la confrontación, según la cual sólo pueden ser valoradas aquellas declaraciones respecto de las cuales hubo una oportunidad efectiva de confrontar, podría resultar irrazonable en aquellos casos en los cuales la fiabilidad de la prueba se encuentra igualmente garantizada a través de otros mecanismos idóneos y se cuenta con la certeza de que será analizada con la cautela necesaria por quienes estén llamados a resolver el caso.

En esos términos, concebir el derecho de interrogar a los testigos como un fin en sí mismo, independiente de toda consideración utilitaria, conduciría a que nos veamos privados de medios útiles y necesarios para cumplir con el fin de la averiguación de la verdad que guía el proceso, sin que exista una razón que lo justifique. Se trataría de un sacrificio demasiado grande, si comparamos la pérdida que significa para el proceso no poder contar con esa evidencia con la que se genera respecto de la persona acusada.

En ese sentido, no puedo dejar de señalar que el valor probatorio que se podría asignar a esas declaraciones es necesariamente bajo si se las valora de forma aislada. Su mayor o menor valor debería depender de que se vean corroboradas por otros medios de prueba independientes. Así parece indicarlo la ley al establecer la obligación de corroborar el contenido de lo declarado dentro de un plazo determinado y al prohibir la posibilidad de dictar sentencia de condena sobre la sola base de esas declaraciones. No obstante, no deja de tratarse de prueba útil, porque podrían, por ejemplo, permitir reconstruir la manera en que se obtuvieron otras evidencias debidamente controladas.

---

<sup>99</sup> Cfr. ROVATTI, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, pág. 40.

Además, si bien la finalidad de averiguación de la verdad que guía el proceso se ve restringida en muchos casos para garantizar ciertos derechos del acusado, no es menos ciertos que incluso estos límites deben estar regidos por un criterio de razonabilidad, que establece la necesidad de una vinculación entre medios y fines.

Si la prohibición de valorar declaraciones no confrontadas tiene por fin evitar el riesgo de que ciertas evidencias sean sobrevaloradas, con la consecuente posibilidad de la condena de inocentes, no habrá razón para sostener aquel límite en los casos en que no exista ese peligro. Las medidas de contrapeso apuntan precisamente a disiparlo, y a compensar la situación de inequidad general que pudiera producirse entre la acusación y la defensa.

En definitiva, se expone un punto de vista desde el cual la pérdida de una herramienta útil para testear la calidad de una prueba no debiera ser un argumento suficiente para que se la excluya de entre el material probatorio en el que podrá apoyarse la decisión del caso, en la medida en que su fiabilidad pueda ser garantizada por otros medios y seamos conscientes del déficit que se produce respecto de su poder de convencimiento.

Una perspectiva distinta implicaría entender este derecho como uno de contenido exclusivamente ético, cuyo valor intrínseco debería ser afirmado con independencia de toda consideración en términos de justicia sustantiva. De ser así, no se entendería la razón de ser de todos los otros supuestos de incorporación por lectura que se encuentran legislados (consentimiento de las partes, testigos fallecidos o indisponibles, declaración por exhorto, etc.) y que dan cuenta de que no se trata de una regla fija, sino relativa.

En mi opinión, el ejercicio del derecho a guardar silencio de los imputados arrepentidos, en tanto impide que puedan ser interrogados, constituye una buena razón para que se incorporen por lectura sus declaraciones. Se trata de un derecho constitucional, vinculado con la dignidad inherente de la persona humana y sus derechos a la defensa en juicio y al debido proceso, lo que permite equiparar esta situación con la de otros casos de excepción respecto del derecho de interrogar a los testigos que están fundados en la necesidad de resguardar derechos fundamentales de las personas que declaran, como por ejemplo la salud o integridad de los testigos.

Además, es una circunstancia inherente al rol de acusado de los imputados arrepentidos.

Por otra parte, considero que existen medidas de contrapeso que aseguran suficientemente la fiabilidad de aquella prueba y a las que ya he hecho referencia con

anterioridad (artículos 2, 6, 11 y 13 de la ley 27.304), cuyo peso específico en lo que refiere a la determinación de los hechos deberá ser decidido por los jueces del caso conforme a un criterio de suma cautela y de acuerdo con lo que prevé el artículo 15 de la ley.

Así, el hecho de que las manifestaciones deban ser registradas a través de un medio técnico idóneo que asegure su reproducción ulterior, la amenaza penal para el caso de que se brinde información falsa o inexacta, la exigencia de corroboración por otras pruebas y la prohibición de condenar sobre la sola base de esas declaraciones, sumado al deber de valorarlas de forma correlacionada con el resto de los elementos en que pretenda sustentarse la condena compensan adecuadamente a mi criterio la pérdida de fiabilidad que pudiera generarse respecto de ellas como consecuencia de la falta de confrontación.

La necesidad de que el acuerdo se plasme por escrito y sea incorporado al proceso y de que los beneficios a obtener se encuentren determinados por ley conducen por su parte a limitar el ámbito de arbitrariedad al que pudiera dar lugar el uso de esta figura.

Dos de las medidas recién mencionadas conducen además a que estas declaraciones no puedan constituir prueba única o decisiva, pues la propia ley exige, según ya fue indicado, su corroboración por otras pruebas y prohíbe condenar sobre la sola base de esas manifestaciones (artículos 13 y 15). Es decir, que de acuerdo con las pautas mencionadas nunca podría otorgárseles un valor decisivo y se deberá contar en todos los casos con prueba de corroboración suficiente.

En estas condiciones, exigir que deba existir necesariamente una oportunidad previa de llevar a cabo un interrogatorio como requisito de validez para la posterior valoración de todas las declaraciones que se procure incorporar por lectura, independientemente de quien provengan y sin atender a si la fiabilidad de esas pruebas se ve asegurada por otros medios, implicaría otorgar al derecho de interrogar a los testigos un alcance que no tiene, liberándolo de toda relación con los fines a los que obedece.

En ese sentido, es preciso destacar que el derecho a confrontar no se agota en la posibilidad de formular preguntas respecto de testigos, peritos o imputados, sino que reconoce diversas manifestaciones, todas las cuales hacen en definitiva al ejercicio del más amplio derecho de defensa.

En definitiva, considero que desde un punto de vista del análisis constitucional no existen motivos que impidan que las declaraciones de un imputado arrepentido puedan ser valoradas como prueba en la sentencia para la determinación de los hechos o la responsabilidad penal de los demás acusados, aun cuando no se hubiera otorgado a éstos

últimos una oportunidad previa de interrogarlos, pues la fiabilidad de la prueba se ve asegurada por otros medios y existe una buena razón para que no pueda llevarse a cabo el interrogatorio.

De tal forma, pienso que en la medida en que subsistan las medidas de contrapeso mencionadas y las manifestaciones sean valoradas según el criterio del artículo 15 de la ley no será posible afirmar que su incorporación por lectura ocasione un gravamen respecto del derecho a la confrontación. De ahí que no corresponda la exclusión de esas declaraciones de entre el conjunto de pruebas que pueden ser consideradas por los jueces.

Esto no significa que un intento por reformar la ley de modo tal que se exija a los imputados arrepentidos que declaren y contesten en juicio las preguntas que pudieran formularseles no resulte conveniente. Es posible imaginar por ejemplo casos en los cuales la obtención del beneficio final quede supeditada a que reproduzca durante el juicio sus manifestaciones iniciales y a que conteste todas las preguntas pertinentes que pudieran serle formuladas.

Esto no aseguraría que el interrogatorio pueda desarrollarse, pues subsiste siempre la posibilidad de que el imputado arrepentido se niegue (aun al precio de perder el beneficio), pero sí podría constituir un incentivo favorable.

En ese sentido, es preciso destacar que la posibilidad de que se escuche en juicio a quienes brindaron información incriminante respecto de los acusados y de que sean interrogados no tiene por única razón de ser la de garantizar la contradicción entre las partes. En cualquier caso, podría contribuir a hacer efectivos otros principios relevantes, como la inmediación, la concentración y la oralidad en la producción de las pruebas.

De tal forma, y aunque la idea de un juicio absolutamente oral no sea posible en la práctica, pues ningún debate puede prescindir por completo de la valoración de piezas escritas, todo esfuerzo por aumentar el ámbito de oralidad en el proceso constituye un fin deseable. La producción de la prueba en base a los principios señalados contribuye además a promover un régimen penal lo más acusatorio posible <sup>100</sup>, tendencia que rige los avances normativos actuales, tal y como lo demuestran la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal (ley 27.063) y su implementación progresiva en los distintos ámbitos del país.

---

<sup>100</sup> Cfr. GÓMEZ URSO, *El juicio oral*, pág. 150.



## Conclusión

En el presente trabajo he procurado determinar en qué casos y bajo qué condiciones podrían ser valoradas como pruebas las manifestaciones de los imputados arrepentidos a los fines de la determinación de la responsabilidad penal de las personas respecto de las cuales hubieran brindado información en los términos de la ley 27.304.

A tal fin, me he centrado en el análisis del derecho de interrogar a los testigos, reconocido de forma explícita en los artículos 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del alcance que le ha sido asignado por la jurisprudencia nacional e internacional en la materia. Esto con el fin de determinar qué implicancias podría tener respecto del objetivo propuesto.

Este derecho constituye una de las formas por las que se manifiesta el principio de contradicción, que suele presentarse como una garantía procesal de las partes referida a la posibilidad de cuestionar de alguna manera el contenido o forma de las pruebas introducidas al juicio. Permite que el acusado controle la fiabilidad de la información mediante el interrogatorio de las personas de las que procede. Se trata en definitiva de uno de los tantos aspectos que hacen al derecho al control de la prueba y la defensa en juicio.

La jurisprudencia mencionada ha reconocido los alcances de este derecho de forma tal que resulta aplicable no sólo respecto de los testigos en sentido estricto, sino también respecto de todo aquel que hubiera hecho declaraciones en contra del acusado<sup>101</sup>, categoría dentro de la cual quedan subsumidos los imputados arrepentidos. Esto significa que la posibilidad de interrogar debería ser asegurada también respecto de ellos.

Según vimos, esto presenta un problema, pues la ley 27.304 no les exige que declaren en juicio ni que contesten las preguntas que pudieran serles formuladas. La única oportunidad en la cual podrían ser interrogados es durante sus declaraciones indagatorias, en el marco de las cuales les asiste el derecho a negarse a declarar y/o a contestar preguntas, que se desprende del rol de imputado que mantienen en el proceso. De ejercerlo se vería frustrada toda posibilidad de que sean interrogados. De igual manera, al no estar obligados a declarar se corre el riesgo de no poder contar con esa información si no se incorpora por lectura o se exhibe el acta o elemento en el cual se la hubiera

---

<sup>101</sup> Cfr. TEDH, casos “Säidi vs. Francia”, sentencia del 20/09/1993, párr.43; y “Lucà v. Italia”, sentencia del 27/02/2001, párr. 41; CIDH caso “Castillo Petruzzi c. Peru”, sentencia del 30/05/1999, párr. 154; y CSJN-Fallos: 329:5556 (“Benítez”), considerando 14°.

registrado.

También vimos que existen restricciones respecto de este derecho que se reconoce válidas bajo ciertas circunstancias. La incorporación por lectura o exhibición de las declaraciones previas constituye una de ellas, cuando se da alguno de los supuestos que lo habilitan.

Sin embargo, la jurisprudencia establece que para que proceda deben cumplirse ciertos requisitos: la existencia de una buena razón para que el testigo o la persona de la que se trate no declare en juicio; que esa declaración no constituya prueba única o decisiva; y que existan medidas de contrapeso que garanticen suficiente su fiabilidad<sup>102</sup>.

Personalmente, considero que existen razones para sostener que esos requisitos están cumplidos en el caso de la eventual incorporación del registro de las declaraciones de los imputados arrepentidos.

En primer lugar, la negativa del acusado a declarar fundada en su derecho a guardar silencio puede ser entendido como una buena razón para que se incorporen por lectura sus declaraciones, pues impide que pueda llevarse a cabo el interrogatorio. Se trata de un derecho constitucional, vinculado con los derechos a la defensa en juicio y al debido proceso, que les corresponde en su rol de acusados, que mantienen durante el juicio pese a la decisión de colaborar con la justicia.

En segundo lugar, la ley actual prevé distintos mecanismos que pueden ser entendidos como medidas de contrapeso y que permiten asegurar cierto grado de fiabilidad respecto de las manifestaciones de los arrepentidos.

Me refiero a los artículos 2, 6, 11 y 13, que establecen, entre otras cosas, que las declaraciones deben ser registradas a través de un medio técnico idóneo que asegure su reproducción ulterior, la amenaza penal para el caso de que se brinde información falsa o inexacta, la incorporación del acuerdo al proceso para el conocimiento de las partes y la exigencia de corroboración por otras pruebas.

A ello se suma que el beneficio a obtener está previsto legalmente y que la misma ley establece la prohibición de condenar sobre la sola base de aquellas manifestaciones, las que deben ser valoradas de forma correlacionada con el resto de los elementos en que se sustenta la condena (artículos 15).

---

<sup>102</sup> Cfr. TEDH, casos “Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido”, solicitudes N° 26766/05 y 22228/06, sentencia del 15 de diciembre de 2011, párr. 118 y 119 y “Schatschaswili v. Alemania”, 9154/10, 15 de diciembre de 2015 y ComDH, caso 12.681 “Marcos Alejandro Martín vs. Argentina”, 5 de octubre de 2021. Ver párr. 28, 41, 46 y 50.

En tercer lugar, no podrían constituir en ningún caso prueba única o decisiva, por las mismas razones expuestas en el párrafo precedente (necesidad de que exista prueba de corroboración y prohibición de dictar condena fundada únicamente en aquellas manifestaciones).

En estas condiciones, las manifestaciones de los imputados arrepentidos podrían ser valoradas aun en aquellos casos en los que no fue garantizada una instancia previa de confrontación, siempre y cuando hubieran existido razones que justifiquen razonablemente la imposibilidad de llevar a cabo el interrogatorio, medios procesales que aseguren cierto grado de fiabilidad de esas declaraciones y no se trate de prueba única o dirimente para la decisión del caso.

Esto no significa que eventuales reformas que procuren asegurar una participación más activa de los imputados arrepentidos durante el juicio no resulten deseables. Podría pensarse en modificaciones que incluyan la exigencia de que declaren en juicio y contesten preguntas como requisito para la obtención del beneficio o incluso en la posibilidad de que sean juzgados de forma expeditiva e independiente a través de mecanismos especiales que permitan su posterior citación a juicio en los términos del artículo 249 del Código Procesal Penal de la Nación o de lo que establezca la legislación pertinente. Todo ello podría resultar adecuado de cara al diseño de un proceso lo más acusatorio posible, objetivo hacia el cual apuntan los esfuerzos legislativos más recientes.

Universidad de  
San Andrés

## Bibliografía

ABOSO, Gustavo E., *El arrepentido en el derecho premial penal*, 1.ª ed., Ah-hoc, Buenos Aires, 2017.

ALCÁCER GUIRAO, R., *La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH*, Barcelona, InDret. 2013. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1006.pdf> [Enlace verificado el día 11 de enero de 2022].

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 1.ª ed., Aguilar Ediciones, Madrid, 1982.

BENTHAM, Jeremy, *Teoría de las penas y de las recompensas*, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 2003.

BERNARDINI, Lucila/NICOLÁS, Maximiliano, *Imputado delator y delatado. Lógica del camaleón en las estrategias de defensa*, en Estudios sobre jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, 2020. Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/Forms/DispForm.aspx?ID=55&source=/Estudios/forms/AllItems.aspx> [Enlace verificado el día 11 de enero de 2022].

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2013.

BROWN, Darryl K/TURNER, Jenia I./ WEISSER, Betina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019.

CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, 6.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

CATZ, Shirly, *La ley del arrepentido y la extinción de dominio: una lectura humanista contra el utilitarismo*, en Anales Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales vol. 49, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de la Plata, 2019.

CHARNI, Tomás Horacio/FREZZINI, Marcos Alberto, *Declaración del arrepentido: su conflicto con la garantía contra la autoincriminación*, en ORDOÑEZ, Pablo, *Medios de prueba en el proceso penal*, vol. 2, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

CÚNEO LIBARONA, Mariano, *La declaración del coimputado en el proceso penal*, 1.ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2009.

D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2.ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

DÍAZCANTÓN, Fernando, *Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”*, Revista Pensar en Derecho N° 13, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2018.

FALCONE, Roberto A./ CONTI, Néstor J./SIMAZ, Alexis L., *Derecho penal y tráfico*

*de drogas*, 2.ª ed., Ad-hoc, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

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

GARCÍA, Luis M., *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 cuberita)*, en *Prudentia Iuris*, N° 50, Universidad Católica Argentina, 1999. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2577/1/prudentia50.pdf> [Enlace verificado el día 28 de julio de 2022].

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3.ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, 1.ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ URZO, Juan Facundo/SIVO, César Raúl, *Ley del “arrepentido”*, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

HARABEDIÁN, Maximiliano, *Régimen penal y procesal del arrepentido y la delación premiada*, 2.ª ed, Ad-hoc, Buenos Aires, 2019.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 1.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009

Ledesma, Ángela E., *El debido proceso penal*, vol. 8, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

LIPKKE, Richard L., *The Moral Complexities of Procuring Accomplice Testimony*, en *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 13, N° 1, University of California Press, 2010.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, 2.ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2012.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal: sujetos procesales*, 1.ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2013.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: actos procesales*, 1.ª ed., Ad-hoc, Buenos Aires, 2015

NANZER, Alberto, *El imputado colaborador, ¿cuestión de principios o política pública?*, en prensa.

NANZER, Alberto, *La prueba derivada bajo el prisma de la confrontación*, en

- PASTOR, Daniel R., *Neopunitivismo y neoinsquisición*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.
- OSSOLA, Nicolás J.; LOPARDO, Mauro, *Desafíos para la defensa en el Código Procesal Penal Federal: de la investigación al control de la acusación*, 1.ª ed., Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
- RAMOS, Vitor de Paula, *La prueba testifical*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2019.
- RIQUERT, Marcelo A., *Corrupción Pública y “compliance” penal*, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- RIQUERT, Marcelo A., *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- RIQUERT, Marcelo A., *La delación premiada en el derecho penal*, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- ROVATTI, Pablo, *Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos*, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Num. 1., Marcial Pons, Madrid, 2020.
- RUSCONI, Maximiliano, *Arrepentidos y Justicia Penal: ¿Nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la inquisición del nuevo milenio?*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020. Disponible en: <https://www.hammurabi.com.ar/rusconi-maximiliano-arrepentidos/> [Enlace verificado el día 11 de enero de 2022].
- SANCINETTI, Marcelo, *Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de ‘Arrepentido’ y de ‘Extinción de dominio’*, en *Revista Pensamiento Penal, Doctrina*, Buenos Aires, 2016. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47338-dictamen-sobre-proyectos-leyes-asi-llamados-arrepentido-y-extincion-dominio> [Enlace verificado el día 11 de enero de 2022].
- SPOLANSKY, Norberto E., *El llamado arrepentido en materia penal*. La Ley 2001–F, 1434, LLP, 2002.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- VARELA, Agustín, *Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba “hearsay” en el derecho anglosajón*, en LEDESMA, Ángela E., *El debido proceso penal*, vol. 2, 1.ª ed., Hammurabi, 2016.
- VÁZQUEZ, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, 1.ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.